Der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-
Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hildegard Müller

Breslau 1932.

Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H., Ursulinerstraße 1.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau
Referent: Professor Dr. Schott

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

1. Kapitel:

Die Ausgestaltung der Vormerkung im System des Sachenrechts im Hinblick auf die gestellte Frage

§ 1. Problemstellung. Die praktische Bedeutung der Frage . . . 5

§ 2. Einleitende Vorfragen: Anwendungsmöglichkeit der §§ 892, 893 B.G.B. 6

2. Kapitel:

Die Voraussetzungen der Anwendung des § 892 B.G.B.: Die Vormerkung als Recht am Grundstück oder an Grundstücksrechten

§ 3. Kurzer Überblick über die Ansichten bezüglich der Natur einer Vormerkung 7

I. Die Gesetzesmaterialien 7

II. Die in der Literatur vertretenen Lehren 8

§ 4. Kritische Würdigung der Meinungen im einzelnen und eigene Stellungnahme 11

I. Erörterung der Lehren über die Dinglichkeit der Vormerkung. Grundsätzliche Ablehnung 11

II. Insbesondere die Theorie Rheinens 17

III. Darlegung derjenigen Theorien, die zu anderen Ergebnissen gelangen 25

IV. Rechtfertigung der herrschenden, von Biermann aufgestellten Lehre 27

V. Unmöglichkeit einer auch nur analogen Anwendung des § 892 B.G.B.: die Vormerkung ist kein Recht 29

3. Kapitel:

Anwendungsmöglichkeit des § 893 B.G.B.

§ 5. Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 893 B.G.B. 31

I. Die Bewilligung einer Vormerkung stellt sich als ein Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und Gläubiger dar . . 32

II. Die Bewilligung einer Vormerkung enthält eine Verfügung über das betroffene Recht 36

III. Ausräumung der gegen die herrschende Lehre eingewandten Bedenken 40

§ 6. Auswirkungen des gutgläubigen Erwerbs in der weiteren Entwicklung der Rechtslage 42

I. Die Theorie des Reichsgerichts: Unschädlichkeit späterer, entgegenstehender Eintragungen 43

II. Die restriktive Auslegung Caros. Rechtfertigung der reichsgerichtlichen Theorie 45

III. Kein Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543117_0020

1. Kapitel.

§ 1.

Problemstellung. Die praktische Bedeutung der Frage.

Die Frage, ob eine Vormerkung gutgläubig erworben werden kann, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Zur näheren Begrenzung des Problems sollen hier 4 Hauptfälle als Beipiele aufgeführt werden:

1. A ist im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, während in Wirklichkeit B der Berechtigte ist. A bewilligt und beantragt die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für C, der die Unrichtigkeit des Grundbuches nicht kennt. Die Vormerkung wird ins Grundbuch eingetragen. Welche Rechtsstellung hat C?

2. C erfährt vor der endgültigen Eintragung der Rechtsänderung, also vor der Umschreibung des Eigentums auf ihn, daß A nicht Berechtigter ist. Welche Wirkung hat diese Kenntnis für den Erwerb des Eigentums?

3. B hat nach Eintragung der Auflassungsvormerkung für C die Berichtigung des Grundbuches erwirken oder einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eintragen lassen. Welchen Einfluß hat dies auf die Rechtsstellung des C?

4. Der berechtigte Eigentümer A bewilligt und beantragt für B eine Auflassungsvormerkung. Der der Vormerkung zugrundeliegende Anspruch ist aber nichtig. C, der hiervon nichts weiß, läßt sich von B den vermeintlichen Anspruch gegen A mitsamt der Rechtsstellung aus der Vormerkung abtreten. Wird er geschützt und in welcher Weise?

Die Fälle 1 und 4 gehen von verschiedenen Voraussetzungen aus, während die Fälle 2 und 3 sich als Auswirkungen des Falles 1 darstellen. Die Frage 1 ist in den ersten Jahren nach dem Erscheinen des B.G.B. im Schrifttum

vereinzelt behandelt worden, teilweise wurde auch schon grundsätzlich Stellung genommen.

Die Fragen 2 und 3 jedoch sind erst vor wenigen Jahren, vornehmlich im Anschluß an die Aufwertungsgesetzgebung in der Rechtsprechung und Literatur untersucht worden, ohne daß bisher auch nur eine prinzipielle Einigung erzielt worden wäre.

Die vorliegende Arbeit soll sich deshalb nicht darauf beschränken, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs überhaupt zu untersuchen, sondern soll auch zu der Frage, welche Wirkungen materieller wie formeller Art dem gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung beizulegen sind, grundsätzlich Stellung nehmen; sie soll auch versuchen, eine Lösung zu finden, die zwar auf dem Boden des Gesetzes steht, aber auch den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs möglichst gerecht wird.

Der Fall 4 ist praktisch weniger wichtig, er ist jedoch theoretisch für die Gegenüberstellung zu den Fällen 1, 2, 3 und für die daraus zu gewinnenden Rückschlüsse von Bedeutung.

§ 2.

Einleitende Vorfragen: Anwendungsmöglichkeit der §§ 892, 893 B.G.B.

Das B.G.B. kennt in seinem allgemeinen Teil des Liegenschaftsrechts (§§ 873—902) zwei Bestimmungen, die von einem gutgläubigen Erwerb handeln. Es sind dies die §§ 892 und 893. Die speziellen Vorschriften des Sachenrechts über die einzelnen dinglichen Rechte (§§ 1012 ff.) kommen für das Gebiet der Vormerkung nicht in Betracht, da sie ein Institut des allgemeinen Teils ist und auch dort ihre so gut wie vollständige Regelung gefunden hat (§§ 883—888).

Bei der Behandlung der Frage, ob und in welcher Weise eine Vormerkung gutgläubig erworben werden kann, muß es daher entscheidend darauf ankommen, ob eine der beiden Vorschriften, § 892 oder § 893, zur Anwendung gelangen kann. Hieraus ergibt sich von selbst die Gliederung der zur Untersuchung stehenden Materie insofern, als zunächst die Voraussetzung der einen und sodann die der anderen Vorschrift auf ihre Gegebenheit geprüft werden müssen.

Dabei empfiehlt es sich, von der Bestimmung des § 892 auszugehen. Diese enthält klare und eindeutig im Gesetz festgelegte Kriterien, während die Vorschrift des § 893 allein schon durch ihren Wortlaut zu einer Fülle von verschiedenen Auslegungsstreitfragen Anlaß gibt.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen § 892 und § 893 wird gebildet durch die Verschiedenartigkeit der durch sie geschützten Tatbestände. § 892 ermöglicht nur den gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Grundstücksrechtes, während § 893 einige der anderen Möglichkeiten des Vertrauens auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches erfaßt. Damit ist die Hauptfrage, ob der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung nach § 892 denkbar ist, auf ein zweites, nicht minder zweifelhaftes Problem zurückgeführt, nämlich auf die Vorfrage:

Ist die Vormerkung ein Grundstücksrecht oder ein Recht an einem solchen Rechte, wie es in § 892 bezeichnet wird, oder ist sie einem solchen Rechte in der Weise gleichzustellen, daß eine zumindest analoge Anwendung des § 892 zu rechtfertigen wäre? Dieses äußerst umstrittene Problem der Rechtsnatur der Vormerkung ist daher als wesentliche Vorfrage in den gestellten Fragenkreis mit einzubeziehen; erst nach ihrer Klärung kann eine grundsätzliche Stellungnahme zur Hauptfrage erfolgen. Natürlich kann dieses Problem innerhalb des Themas nicht derart umfassend und erschöpfend dargestellt werden, wie es der Fall sein könnte, wenn nur diese einzige Frage zum Gegenstand einer eingehenden wissenschaftlichen Untersuchung gemacht würde. Für den Rahmen dieser Erörterungen wird es genügen, die einzelnen, zum Teil weit auseinandergehenden Meinungen in Rechtsprechung und Literatur unter gemeinsamen Gesichtspunkten zu betrachten und zusammenzufassen.

2. Kapitel.

§ 3.

Kurzer Überblick über die Ansichten hinsichtlich der Natur einer Vormerkung.

Wohl kaum eine Frage des Sachenrechts ist seit dem Erscheinen des B.G.B. so verschieden beantwortet worden, wie die Frage nach der Natur und dem Wesen der Vormerkung. Noch heute hat sich keine Einigung über dieses Problem erzielen lassen, wenn auch allmählich die Meinung des Reichsgerichts als die herrschende, wenn auch keineswegs unbestrittene, angesehen werden kann. Es handelt sich hierbei tatsächlich um eine Kontroverse, die, wie Fuchs[1]) nur wenige Jahre nach dem Erscheinen des B.G.B. schon sagte, nicht sterben kann.

I. Die Gesetzesmaterialien, die zwar für die Auslegung einer unklaren Gesetzesvorschrift nicht entscheidend sind,

[1]) Grundbuchrecht S. 113.

dennoch aber wegen der geschichtlichen Entwicklung und des beabsichtigten Sinnes des Gesetzes nicht unberücksichtigt gelassen werden dürfen, geben auf die Frage nach dem Wesen der Vormerkung keine eindeutige Antwort. Die erste Kommission hatte das Institut der Vormerkung überhaupt nicht in den Entwurf eines B.G.B. aufgenommen; erst nachdem zahlreiche Wünsche bezüglich der Schaffung dieses eigenartigen Sicherungsmittels laut geworden waren, wurde die Vormerkung in den Beratungen der zweiten Kommission erneut zur Diskussion gestellt und ihr die Regelung in den §§ 883—888 B.G.B. sowie in anderen gleichzeitig mit dem B.G.B. in Kraft getretenen oder neu gefaßten Nebengesetzen gegeben (§§ 14, 24, 193 K.O., § 48 Z.V.G., §§ 18, 25, 36 G.B.O., § 772 Z.P.O.).

Die Verfasser des B.G.B. haben positiv zu der Frage nicht Stellung genommen; es wurde zwar bei den Beratungen bereits einer Reihe später in der Literatur vertretener Auffassungen Erwähnung getan, ohne daß man sich jedoch irgendwie festgelegt hätte. Die theoretische Durchbildung und Ausfüllung bestehender Gesetzeslücken aus einem noch zu gewinnenden höheren Prinzip heraus wollte man der Wissenschaft überlassen.[2]) Nur rein negativ läßt sich feststellen, daß die Ausgestaltung der Vormerkung als ein ius ad rem, wie es das preußische Recht in der Hypothekenordnung von 1783[3]) kannte, zweifellos nicht gewollt war. Man wollte überhaupt das Sachenrecht des B.G.B. möglichst wenig an das alte preußische Recht anlehnen; diese Einstellung berechtigt daher grundsätzlich zu der Annahme, daß das neugeschaffene Institut der Vormerkung nicht als unmittelbare Fortbildung der preußisch-rechtlichen Protestation, die zwar ihrem Zwecke nach immerhin als Vorläufer der Vormerkung anzusehen ist, verstanden werden soll.

II. Die Literatur beschäftigte sich bereits in den ersten Jahren nach Erscheinen des B.G.B. eingehend mit der Frage nach der rechtlichen Natur der Vormerkung und suchte aus den nicht sehr zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen, vornehmlich aus den darin festgelegten Wirkungen heraus, das Institut unter eine übergeordnete Norm zu bringen, um dann Rechtssätze, die für Parallelerscheinungen galten, gleichmäßig auf die Vormerkung, die keineswegs abschließend geregelt worden war, anwenden zu können. Insbesondere galt dies auch für die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit des

[2]) Prot. III, S. 112 ff., 118, 740.
[3]) Tit. II, §§ 289, 290, 298, 299.

gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung, die ja ausdrücklich im Gesetz nicht geregelt ist. So gibt es wohl kaum eine im Liegenschaftsrecht denkbare Möglichkeit, die im Laufe der Zeit nicht als Lösung in bald enger, bald entfernter Anlehnung an das positive Gesetz vorgeschlagen worden ist.

Im folgenden sollen die Hauptmeinungen und ihre Vertreter aufgeführt werden.

Besonders groß war die Zahl derer, die die Vormerkung als ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück ansehen; im einzelnen bestehen aber auch hier erhebliche Unterschiede. Einer ihrer Hauptvertreter ist Fuchs.[5]) Nach seiner Ansicht entspricht die Rechtsstellung des Vormerkungsberechtigten völlig der eines unter aufschiebender Bedingung Berechtigten, die Vormerkung selbst ist nach Fuchs ein bedingtes dingliches Recht, und zwar dasjenige dingliche Recht, dessen Eintragung vorbereitet und gesichert werden soll. Die Bedingung tritt ein mit der Liquidestellung des Anspruchs, d. h. entweder mit seiner rechtskräftigen Feststellung durch Urteil oder durch Anerkennung seitens des Schuldners. Der Eigentümer stehe somit gleich jemandem, der unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt. Die Auflassungsvormerkung sei daher ihrer Natur nach nichts anderes als das bedingte Eigentum, die Hypothekenvormerkung eine bedingte Hypothek. Noch weiter geht Othmer,[6]) der annimmt, daß durch Eintragung einer Vormerkung für einen der im § 883, I B.G.B. bezeichneten Ansprüche bereits die unbedingte Änderung der Rechtslage herbeigeführt wird; nach seiner Ansicht geht also mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung bereits das volle Eigentum auf den Gläubiger über. Hierauf wird noch später zurückzukommen sein.

Oberneck[7]) charakterisiert das Wesen der Vormerkung als eine obligatio in rem scripta. Durch die Eintragung einer solchen verwandele sich der ursprüngliche, rein persönliche Anspruch in einen solchen mit unbekanntem Verpflichteten. Oberneck gründet seine Ansicht auf § 888 B.G.B. Gierke,[8]) Lehmann[9]) und zunächst auch Biermann[10]) erblicken in der Vormerkung nichts anderes, als das alte landrechtliche Gebilde des ius ad rem, so sehr dies auch von der Kommission bestritten worden sei. Durch die Eintragung einer Vormerkung

[5]) Grundbuchrecht § 883, 7 cc; L.Z. 1914, 1 ff.
[6]) S. 80.
[7]) Grundbuchrecht S. 448, § 50.
[8]) Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 21, Sachenrecht, S. 338, Anm. 155.
[9]) II, § 3, S. 14.
[10]) Sachenrecht, S. 35.

werde einem persönlichen Anspruch auf Herstellung eines sachenrechtlichen Verhältnisses Wirkung gegen Dritte verliehen, diese habe insofern die Natur eines Rechts zur Sache. Biermann änderte aber später in seiner Monographie „Widerspruch und Vormerkung“[11]) seine Meinung dahin, daß die Vormerkung nicht näher zu umschreiben sei als ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichere. Auf diesem Standpunkt steht die heute wohl herrschende Lehre und mit ihr die Judikatur der obersten Gerichte.[12])

Wieder andere sehen in der Vormerkung, ohne ihr die Natur eines dinglichen Rechts beizulegen, eine Verfügungsbeschränkung oder ein relatives Veräußerungsverbot. Hier wären vor allem Staudinger-Kober,[13]) Knoke,[14]) Raape,[15]) auch Planck-Strecker,[16]) Priester,[17]) Turnau-Förster[18]) zu nennen. In neuester Zeit bezeichnet sie Rheinen[19]) als eine Verfügungsbeschränkung, die die Eigenschaften eines negativen Herrschaftsrechts und damit dinglichen Rechts habe, eine Ansicht, die er mit eingehendsten Begründungen darlegt. Auf diese neuartige Auffassung Rheinens wird noch besonders zurückzukommen sein. Jaeger[20]) sieht in der Vormerkung ein der Arresthypothek verwandtes dingliches Sicherungsmittel, ohne jedoch weitere Schlüsse aus seiner Auffassung zu ziehen. Nach Sekler[21]) ist das Vormerkungsrecht neben den anderen beschränkten dinglichen Rechten ein eigentümliches, akzessorisches dingliches Sicherungsrecht, das neben die anderen beschränkten dinglichen Rechte, wie Nießbrauch, Hypothek usw. tritt. Die Vormerkung wird ferner als dingliches Recht bezeichnet von Hellwig,[22]) Enneccerus,[23]) Endemann,[24]) Crome;[25]) im einzelnen wird sie als dingliches Erwerbsrecht, Anwartschaftsrecht, Wartrecht usw. angesehen.

---

[11]) S. 184.
[12]) R.G.E. 118/230, R.G. in J.W. 27/1828, R.G.E. 121/46, R.G.E. 116/238, K.G. in J W. 1925/1415, R.G.E. 129/184 und viele andere; M. Wolff § 48, III; Meiser S. 296.
[13]) § 883, V. 3 c.
[14]) S. 419.
[15]) S. 107.
[16]) 5. Aufl. S. 220.
[17]) S. 175.
[18]) § 892, III 2 a.
[19]) Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung? S. 76.
[20]) K.O., Erl. 2 zu § 24.
[21]) S. 126 ff.
[22]) Anspruch und Klagrecht, S. 254, Rechtskraft § 37.
[23]) I. 1 § 72. I. Band.
[24]) II § 65, Nr. 2 b, Anm. 16.
[25]) III, § 376.

Hiermit wären aus der Fülle der verschiedenen Meinungen, von denen kaum eine mit der anderen völlig übereinstimmt, wohl die Hauptrichtungen hervorgehoben; auf eine auch nur annähernde Vollständigkeit kann natürlich kein Anspruch erhoben werden.

§ 4.

Kritische Würdigung der Meinungen im einzelnen und eigene Stellungnahme.

So schwierig es angesichts der großen Unterschiede der vorhandenen Meinungen auch zunächst erscheinen mag, die verschiedenen Auffassungen in eine gewisse systematische Ordnung einzureihen, so lassen sich dennoch bereits auf den ersten Blick zwei große Gruppen unter den Verfechtern dieser Theorien aufweisen, nämlich diejenigen Autoren, welche die Vormerkung als ein dingliches Recht ansehen und diejenigen, die, abgesehen von der Einzelausgestaltung, diese Konstruktion ablehnen. Diese Zusammenfassung ermöglicht eine Vereinfachung der Gegenargumentation, da viele Gründe, die gegen eine Ansicht vorgebracht werden können, gleichzeitig auch gegen die übrigen, zum gleichen Endergebnis führenden Meinungen Geltung haben.

I. Aus diesem Grunde dürfte es sich empfehlen, mit einer Nachprüfung derjenigen Theorien zu beginnen, die die Vormerkung als ein irgendwie geartetes dingliches Recht am Grundstück ansehen wollen. Gegen alle diese Meinungen spricht zunächst die Entstehungsgeschichte. Dies wird auch von den Autoren, die ihre Ansicht eingehend begründen, zum größten Teil zugegeben; sie bestreiten für diesen Fall die Bedeutung der Materialien für die Auslegung einer Gesetzesstelle. Allerdings ist gerade hier der Wille der Gesetzgeber durchaus zweifelhaft. Zwar wurden mehrere Anträge, die die Vormerkung ausdrücklich zu einem dinglichen Recht ausgestalten wollten, abgelehnt.[1]) Jedoch schließt diese Haltung der Kommission nicht aus, daß die Behandlung, die die Vormerkung in den einzelnen Gesetzen gefunden hat, es doch zuläßt, sie in eine Reihe mit den übrigen dinglichen Rechten zu stellen.

Zunächst soll jedoch zu den einzelnen Auffassungen, die auf verschiedenen Wegen zum gleichen Endergebnis gelangen, unter kritischer Würdigung ihrer Gründe Stellung genommen werden.

Am weitesten in dieser Richtung geht zweifellos Othmer,[2]) der mit der Eintragung z. B. einer Hypothekenvormerkung

[1]) Prot. III S. 745 f.
[2]) S. 67.

bereits die unbedingte Hypothek entstehen läßt. In dieser Auffassung ist ihm bisher niemand gefolgt. Er stützt seine Meinung hauptsächlich auf die Bestimmungen der §§ 24 K.O., 48 Z.V.G. und 884 B.G.B. In allen diesen Vorschriften wird der Vormerkung für einen bestimmten Einzelfall die Wirkung eines vollen dinglichen Rechtes beigelegt. Othmer hält diese Bestimmungen nicht für Ausnahmen von der Regel, sondern bestreitet vielmehr, daß die Vormerkung einmal die schwächere, einmal die stärkere Wirkung haben könne.

Da der Sinn und Zweck des Instituts darin liegt, den Rang für die definitive Eintragung zu wahren und den Gläubiger in der Verwirklichung seines Anspruchs zu sichern, so könne dieses Ziel nur mittels eines Vollrechts, nicht aber vermöge einer nur vorbereitenden Eintragung erreicht werden. Diese Auffassung Othmers verstößt zweifellos gegen das Gesetz. Der rechtsgeschäftliche Erwerb eines dinglichen Rechts ist ausschließlich geregelt im § 873 B.G.B. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, wie angesichts des klaren Wortlautes dieser Bestimmung das Gesetz sich mit der Eintragung einer Vormerkung für die Entstehung des endgültigen Rechts begnügt haben sollte. Auch auf einen terminologischen Fehler, der bei vielen anderen Autoren wieder auftaucht, soll schon hier hingewiesen werden. Othmer spricht bewußt, besonders im Gegensatz zu Biermann, nicht von der „Natur der Vormerkung", sondern des „vorgemerkten Rechtes".[3]) Darunter soll das Recht verstanden werden, dessen Eintragung die Vormerkung vorbereitet. Diese Ausdrucksweise widerspricht durchaus dem Gesetz; § 883, I rechtfertigt höchstens die Annahme, daß einer der dort aufgeführten A n s p r ü c h e vorgemerkt werden soll, nicht aber das Recht, auf dessen Eintragung der Anspruch gerichtet ist. Diese Unklarheit in der Terminologie ist nur zu leicht geeignet, die Problemstellung zu verwischen und zu Fehlschlüssen zu verleiten.

Gegen Jaeger, der die Vormerkung, ohne dafür eine nähere Begründung zu geben, als ein der Arresthypothek verwandtes dingliches Sicherungsmittel bezeichnet, ist einzuwenden, daß seine Konstruktion versagt, wenn es sich um den Anspruch auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück handelt. Eine Wesensähnlichkeit zwischen einem derartigen vorgemerkten Anspruch und einer Arresthypothek ist schwer vorstellbar. Auf diese Bedenken hat Othmer[4]) bereits hingewiesen. Im übrigen begnügt sich Jaeger mit dieser Kennzeichnung an sich, er verzichtet darauf, aus seiner These weitere Folgerungen für die Behandlung der Vormerkung im

[3]) S. 51.
[4]) S. 47.

Rechtssystem zu ziehen. In dieser Form hat auch Jaegers Theorie keine weiteren Anhänger gefunden.

Sekler[5]) begründet seine Ansicht, die Vormerkung sei ein besonderes, akzessorisches dingliches Recht, das neben den zu sichernden Anspruch trete, folgendermaßen: Der Gläubiger, dessen Anspruch eine peremptorische Einrede entgegenstehe, müsse in die Löschung der Vormerkung willigen (§ 886 B.G.B.). Der zugrundeliegende Anspruch bleibe aber auch nach Löschung der Vormerkung bestehen; die Vormerkung sei deshalb nur ein accessorium, das zum Anspruch hinzutrete und beliebig wieder von ihm gelöst werden könne. Daß sie ein Recht sei, ginge aus § 887 B.G.B. hervor; der unbekannte Gläubiger kann unter den Voraussetzungen des § 1170 B.G.B. mit seinem „Rechte" ausgeschlossen werden. Daß sie weiterhin ein dingliches Recht sei, folge aus dem Grundsatz des Liegenschaftsrechtes, daß nur dingliche Rechte eintragungsfähig seien. Auf diese Gesichtspunkte wird im einzelnen noch bei dem Versuch einer eigenen, allgemeinen Gegenargumentation gegen die Annahme der Dinglichkeit des sogenannten Vormerkungsrechtes zurückzukommen sein. Daß Seklers Theorie unhaltbar ist, ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes selbst. Es besteht im Sachenrecht, zwar nirgends ausgesprochen, dennoch für das Recht des B.G.B. unbestritten, das Prinzip des numerus clausus der dinglichen Rechte. Diese hat das B.G.B., bewußt getrennt von den Rechtsbegriffen des Besitzes, des Eigentums und der allgemeinen Vorschriften des materiellen Liegenschaftsrechtes, in den §§ 1012 ff. bis zum Ende des dritten Buches abschließend in einzelnen Titeln geregelt. Zwar will Sekler diesen Einwand als sachlich belanglos entkräften, indem er vorbringt, die äußere Stellung der Vormerkung im Gesetz rühre daher, daß sie ein „allgemeines Sicherungsmittel" sei und deshalb in den allgemeinen Teil des Liegenschaftsrechtes gehöre. Einmal wäre der Umstand, daß eines der beschränkten dinglichen Rechte getrennt von sämtlichen übrigen geregelt sein sollte, doch immerhin so auffallend, daß nur ganz besondere Gründe diese Annahme rechtfertigen könnten; solche Gründe bringt Sekler aber selbst nicht vor. Es erscheint aber auch sachlich nicht angängig, ein ganz „allgemeines Sicherungsmittel", als welches Sekler selbst die Vormerkung im Gegensatz zu den anderen dinglichen Rechten bezeichnet, mit den hinsichtlich ihrer Natur, ihres besonderen Zweckes und ihrer Wirkungen genau begrenzten, beschränkten Sachenrechten auf eine Stufe zu stellen.

[5]) S. 124 ff.

Ähnliche Bedenken sprechen auch gegen die Konstruktion von Fuchs und Stobbe.[6]) Stobbe vertritt die Auffassung, die Vormerkung gewähre bereits das volle dingliche Recht, dessen Eintragung die Vormerkung vorbereiten soll, jedoch unter einer aufschiebenden Bedingung. Diese Bedingung trete erst im Fall der endgültigen Eintragung der Rechtsänderung ein. Hiergegen wendet Othmer[7]) mit Recht ein, daß es sich dabei um eine typische condicio iuris handele, nicht um eine echte Bedingung. Eine so wesentliche Rechtsvoraussetzung, wie sie § 873 B.G.B. hinsichtlich der Eintragung ins Grundbuch erfordert, kann unmöglich zur Bedingung eines dinglichen Rechtsgeschäftes gemacht werden; dann könnten alle Formvorschriften mit Leichtigkeit umgangen werden.

Auf die von Fuchs[8]) aufgestellte und eingehend begründete Bedingung der Liquidestellung des Anspruchs durch rechtskräftiges Urteil oder Anerkennung seitens des Schuldners muß wiederum entgegnet werden, daß, so einleuchtend seine Auffassung zunächst erscheinen mag, doch keine einzige Stelle des Gesetzes einen Anhalt dafür gibt. Auf eine so eigenartige Ausgestaltung der Vormerkung, wie sie Fuchs annimmt, hätte doch irgendwo im Gesetz hingewiesen werden müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die Charakterisierung, die die Vormerkung als dingliche Erwerbsberechtigung, Anwartschaftsrecht, Wartrecht besonderer Art usw. bei Enneccerus, Hellwig, Crome, Endemann, Cosack-Mitteis[9]) gefunden hat, bedeutet im einzelnen nicht mehr, als daß es sich dabei um ein irgendwie geartetes dingliches Recht überhaupt handeln solle. Die Bezeichnung „Erwerbsberechtigung" ist an sich auch nur für Vormerkungen, die den obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes sichern sollen, zutreffend. Der Ausdruck „Wartrecht, Anwartschaftsrecht" kann als solcher wenig besagen und erschöpft das Wesen der Vormerkung keineswegs.

Deshalb können gegen alle diese Definitionen nur die allgemeinen Argumente, die gegen die Konstruktion der Vormerkung als dingliches Recht überhaupt sprechen, angeführt werden, da sie selbst auch nicht wesentlich über diese Definition hinausgehen. Die Theorie Rheinens soll wegen ihrer eigenartigen Begründung später behandelt werden, obgleich auch dieser zu dem Endergebnis kommt, daß die Vormerkung ein dingliches Recht sei.

[6]) S. 230 Bd. II Teil 2.
[7]) S. 79.
[8]) Grundbuchrecht S. 112.
[9]) II, 1, § 25 IV.

Falls die Vormerkung ein Sachenrecht sein sollte, so könnte sie nur ein beschränktes dingliches Recht sein, wie es also Hypotheken, Nießbrauch, Reallast usw. darstellen. Gegen diese Annahme spricht schon das oben erwähnte Prinzip des numerus clausus der beschränkten Rechte am Grundstück. Es kann kein zureichender Grund dafür bestehen, daß das B.G.B. alle beschränkten Sachenrechte an der gleichen Stelle geregelt haben soll, ausgenommen nur ein einziges, nämlich die Vormerkung, welche räumlich von allen übrigen getrennt ihre Behandlung gefunden hat. Schon diese Erwägungen lassen es wenig wahrscheinlich erscheinen, daß die Vormerkung in den numerus clausus der dinglichen Rechte einbezogen werden kann.

Aber nicht nur aus dieser äußeren Stellung im Rechtssystem, auch aus dem Inhalt der die Vormerkung betreffenden Bestimmungen ergibt sich, daß die Theorie, die Vormerkung sei ein dingliches Recht, nicht im Sinne des Gesetzes liegt. Dies folgt einmal aus der Gegenüberstellung der §§ 873, I und 885 B.G.B. Nach § 873 ist für den rechtsgeschäftlichen Erwerb aller dinglichen Rechte die Einigung zwischen den Parteien und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Falls nun die Vormerkung auch ein dingliches Recht wäre, hätte sich eine Sonderbestimmung über die Voraussetzungen der Entstehung einer Vormerkung, wie sie § 885 B.G.B. enthält, erübrigt. Hier wird nur die Bewilligung des Betroffenen oder eine einstweilige Verfügung und die Eintragung ins Grundbuch zur Entstehung der Vormerkung gefordert.

Wenn Rheinen[10]) demgegenüber dennoch Einigung der Beteiligten über die Entstehung der Vormerkung gemäß § 873 B.G.B. verlangen will, so verstößt diese Meinung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes. Rheinen stützt sich dabei hauptsächlich auf die historische Entwicklung im preußischen Recht, was gewiß nicht entscheidend sein dürfte. Weiter erwägt er, daß anderenfalls die Vormerkung vor allen anderen Sachenrechten hinsichtlich ihrer Entstehungsmöglichkeit privilegiert worden wäre, falls § 873 nicht Anwendung fände. Dieser Einwand wird jedoch dadurch widerlegt, daß der Vormerkung auf der anderen Seite wieder bedeutend schwächere Wirkungen als den sogenannten dinglichen Rechten beigelegt werden, die Erleichterung hinsichtlich der Entstehungsmöglichkeit also durchaus gerechtfertigt erscheint.

Daß aber das Gesetz die Rechtsnatur der Vormerkung nicht derjenigen eines dinglichen Rechtes gleichsetzen

[10]) S. 34.

wollte, ergibt sich aus den §§ 24 K.O., 48 Z.V.G. und 884 B.G.B. In diesen Vorschriften steht dem Sinne nach überall das gleiche:

1. Im Konkurse des Schuldners kann der Gläubiger, dessen Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist, in Abweichung von der Norm des § 17 K.O. von dem Konkursverwalter volle Befriedigung seines Rechtes verlangen.

2. Im Z.V.-Verfahren ist bei der Feststellung des geringsten Gebots ein Recht, das durch eine Vormerkung gesichert ist, wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen.

3. Gegenüber dem durch Vormerkung gesicherten Anspruch kann sich der Erbe des Schuldners nicht auf die beschränkte Erbenhaftung berufen.

In allen diesen Fällen soll die Vormerkung die gleichen Wirkungen wie ein eingetragenes Recht haben; gemeint ist natürlich in jedem Fall dasjenige Recht, dessen Eintragung vorbereitet und gesichert werden soll. Nichts liegt näher, als aus dem Vorhandensein dieser Bestimmungen zu schließen, daß es der besonderen Hervorhebung deshalb bedurfte, um diese Wirkungen überhaupt erst zu schaffen. Sämtliche angeführten Vorschriften wären überflüssig, falls die Vormerkung ihrer Natur nach schon als dingliches Recht ausgestaltet worden wäre. Der Ausnahmecharakter liegt deutlich auf der Hand. Diese Schwierigkeit haben auch diejenigen Autoren, welche ihre Meinung, die Vormerkung sei dinglicher Natur, eingehend zu begründen versuchten, nicht übersehen;[11]) sie haben sie aber bewußt als Argument für ihre Auffassung ausgewertet, indem sie sagten: Gerade in den Fällen, in denen die Sicherheit des Gläubigers am stärksten gefährdet erscheint, im Konkurs, im Z.V.-Verfahren, im Falle der beschränkten Schuldenhaftung des Erben, da hat die Vormerkung kraft Gesetzes die Wirkungen eines dinglichen Rechtes. Diese Wirkungen würden ihr in diesen wichtigen Fällen nicht beigelegt sein, falls sie nicht ihrer Rechtsnatur nach eben ein dingliches Recht wäre. § 24 K.O., § 48 Z.V.G., § 884 B.G.B. seien daher keine Ausnahmebestimmungen, sondern folgten begriffsnotwendig aus dem Wesen der Vormerkung. Sie seien aber trotzdem nicht überflüssig, da nirgendwo im B.G.B. die Vormerkung ausdrücklich als dingliches Recht bezeichnet sei; es bedurfte daher noch der besonderen Betonung in den betreffenden Nebengesetzen. Dieser Argumentation muß entgegengehalten werden, daß sie das Wesen eines Rechtsinstituts mit ihren Wirkungen verwechselt. Die Vormerkung mag tatsächlich in den entscheidenden praktischen Fällen die Wir-

[11]) Othmer S. 64 ff.; Rheinen S. 66, 69, 73; Sekler S. 126.

kungen eines dinglichen Rechtes haben, sie ist es darum doch nicht, oder vielmehr gerade darum nicht, ihrer Natur nach. Es steht dem Gesetzgeber frei, einem Rechtsgebilde Wirkungen beizulegen, die ihm seinem inneren Wesen nach nicht zukommen, die andersartigen Wirkungen verändern deshalb nicht nach rückwärts die Natur desselben. Ein Beispiel hierfür bildet § 1098, II B.G.B. Danach hat das dingliche Vorkaufsrecht Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung. Daß deshalb aber das Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. B.G.B. die Natur eines dinglichen Rechts verlieren und die Natur einer Vormerkung annehmen sollte, kann nicht der Wille des Gesetzes sein. Hier geht dies noch besonders deutlich hervor aus der Gegenüberstellung des dinglichen Vorkaufsrechtes mit dem persönlichen Vorkaufsrecht, das durch Vormerkung des in diesem enthaltenen bedingten Übereignungsanspruchs gesichert ist: jenes ist unverjährbar (§ 902), dieses nicht; jenes kann als Wiederholungsrecht bestellt werden, dieses nicht usf.[12])

Es erscheint demnach nicht angängig, von den einzelnen, für besondere Fälle normierten Wirkungen eines Rechtsinstituts Rückschlüsse auf das eigentliche Wesen desselben in der Weise zu ziehen, daß dieses nun in der gleichen Richtung liegen müßte. In den meisten Fällen lassen sich solche Bestimmungen nur zu Umkehrschlüssen verwerten, da sie Ausnahmen von der Regel darstellen.

Aus diesen Erwägungen geht hervor, daß die Vormerkung, wie sie in den geltenden Gesetzen ausgestaltet ist, zweifellos kein dingliches Recht darstellt. Sie gelten gleichmäßig gegen alle Autoren, die, mit welcher Begründung auch immer, die entgegengesetzte Meinung vertreten.

II. Nachdem die hier vertretene Meinung längst die herrschende geworden war, erstand in neuester Zeit der soeben abgelehnten Theorie ein neuer Verfechter: Rheinen versuchte mit teilweise völlig von seinen Vorgängern abweichender Begründung die Vormerkung wiederum als Sachenrecht zu konstruieren. Wenn auch gegen Rheinen dieselben Argumente Geltung haben müssen, insoweit er die Auffassung — Vormerkung gleich dingliches Recht — vertritt, so bedürfen seine Ausführungen, insbesondere wegen des von ihm eingeschlagenen Weges, einer erschöpfenden Behandlung. Für das Problem dieser Arbeit sind die Darlegungen Rheinens insofern von besonderer Bedeutung, als bei der Entwicklung seiner Gedankengänge sich die wichtige Frage vorbereiten läßt, ob die Vormerkung, wenn auch zwar kein

[12]) M. Wolff, § 126 V 2 a.

dingliches Recht im technischen Sinne des Gesetzes, so doch ein dieser Kategorie so nahe verwandtes Institut ist, daß die Vorschriften über dingliche Rechte analog auch für Vormerkungen angewandt werden können.

Der Beweis, den Rheinen mit seinen Erörterungen erbringen will, liegt in der Hauptsache nicht darin, daß die Vormerkung ein Sachenrecht ist, sondern daß sie eine Verfügungsbeschränkung ist; so lautet ja auch das von ihm behandelte Thema. Er geht dabei zunächst von dem Begriff der Verfügungsbeschränkung aus. Dieser Begriff ist im Gesetz im § 137 B.G.B. definiert und bedeutet die Einschränkung der Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen.

Das Wort „Verfügungsbeschränkung" wird im Gesetz nur einmal gebraucht, und zwar im § 894. Die Wortbestandteile kommen sonst nur noch in den §§ 137, 878 und 892, I, S. 2 getrennt vor.[13]) In allen diesen Stellen müßte es sich aber um ein und denselben Begriff handeln. Dies muß ohne weiteres zugegeben werden, aber gerade dieser Gesichtspunkt wird bei konsequenter Durchführung des Gedankenganges schließlich zu dem entgegengesetzten Ergebnis führen.

Sehr richtig weist Rheinen weiter darauf hin,[14]) daß unterschieden werden muß zwischen dem Begriff der Verfügungsbeschränkung und dem Veräußerungsverbot. Vielfach werden diese beiden Rechtsinstitute für identisch erklärt und aus § 888, wo Vormerkung und Veräußerungsverbot einander gegenübergestellt werden, gefolgert, daß die Vormerkung deshalb keine Verfügungsbeschränkung sein kann. Diese Folgerung ist allerdings unrichtig, man kann aus § 888, II nur den Schluß ziehen, daß Vormerkung und Veräußerungsverbot zwei verschiedene Begriffe darstellen. Ein Veräußerungsverbot enthält stets eine Verfügungsbeschränkung; Verfügungsbeschränkung ist demnach für Rheinen der Oberbegriff, die Unterbegriffe sind Veräußerungsverbote und die sogenannte Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne. Das Problem besteht für ihn nun darin, nachzuweisen, daß die Vormerkung eine solche Verfügungsbeschränkung im engeren Sinne ist. Das unterscheidende Merkmal zwischen den beiden Unterbegriffen will Rheinen in dem „Verbot" sehen; Veräußerungsverbote sind für ihn demnach nur die wirklichen richterlichen Verbote, alle anderen Beschränkungen in der Verfügungsmacht, ob sie nun auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen (Beschränkung des Vorerben, Beschränkung der Ehefrau in der Verfügungsmacht), sind Verfügungs-

[13]) a. a. O. S. 3.
[14]) S. 14.

beschränkungen im engeren Sinne. Aus dieser Terminologie, die als solche schon deswegen angreifbar ist, weil sie nirgends aus dem Gesetz hervorgeht, leitet dann Rheinen in der Hauptsache seine Ergebnisse ab, zwar von sich aus ganz folgerichtig, aber eben von unsicheren Voraussetzungen ausgehend.

Die Verfügungsbeschränkung i. e. S., sagt er weiter,[15]) sei ein sogenanntes negatives Herrschaftsrecht; dieses gewähre dem Geschützten kein aktuelles Recht zu einem Handeln, sondern äußere sich nur negativ in der Richtung, daß der Gegenkontrahent einen bestimmten rechtlichen Tatbestand nicht mit voller Wirksamkeit setzen könne. Ein solches negatives Herrschaftsrecht sei ein Sachenrecht, wenn es sich auf eine bestimmte Sache, also nicht etwa nur auf ein Vermögen, beziehe; es bilde eine inhaltliche Verkürzung des vollen Herrschaftsrechts, nämlich des Eigentums an der beherrschten Sache, da es den Berechtigten in der Verfügungsmacht über sein Recht, welche wesentlich zu ihrem Inhalt gehört, beschränkt; insofern ist die Verfügungsbeschränkung i. e. S. aus dem Eigentum selbst abgeleitet und darum ein Sachenrecht. Sie sei ebenfalls gegen Dritte durchsetzbar. Nicht notwendig erfordere die Natur eines Sachenrechts, daß die inhaltliche Beschränkung des Vollrechts auf der einen Seite auf der Gegenseite wieder positiv in Erscheinung trete, daß also dem einen gegeben, was dem anderen genommen werde.

Alle diese Voraussetzungen seien aber bei der Vormerkung gegeben. Sie verkürze das Recht des Betroffenen in der Weise, daß er dem Geschützten gegenüber nicht vollwirksam verfügen könne. Sie sei daher eine Verfügungsbeschränkung i. e. S., damit ein negatives Herrschaftsrecht und somit ein Sachenrecht. Rheinen wendet deshalb alle Vorschriften über Rechte an Grundstücken auch auf die Vormerkung an, schützt also den gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung nach § 892 B.G.B. Er gelangt somit auf einem ganz neuen Wege zu demselben Ergebnis wie Othmer, Sekler und die anderen, die die Vormerkung für ein dingliches Recht erklären.

Bei einer Kritik dieser Theorie ist vorweg festzustellen, daß Rheinen die zunächst von ihm gewonnenen abstrakten Definitionen konsequent auf die Vormerkung anwendet. Denn es ist unbestreitbar, daß der von der Vormerkung Betroffene in seiner rechtlichen Verfügungsmacht zugunsten des Geschützten beschränkt wird; dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 883, I). Wenn jener auch den Ver-

[15]) S. 9 ff.

fügungstatbestand tatsächlich setzen kann, auch der Grundbuchrichter die Eintragung der mit der Vormerkung kollidierenden Verfügung nicht ablehnen darf, so entbehrt diese dennoch der vollen Wirksamkeit. Der Fehler, den Rheinen begeht, liegt vielmehr in der Schaffung von neuen Begriffen, die er dann auf die Vormerkung überträgt. Man geht bei der Untersuchung am zweckmäßigsten rückwärts von dem Endergebnis aus und gelangt so von dem speziellen Schlußergebnis auf die allgemeinen Gesichtspunkte zurück.

Zunächst muß bestritten werden, daß es beschränkte dingliche Rechte gibt, bei denen das Teilrecht, das aus dem Vollrecht abgespalten wird, auf der Gegenseite nicht wieder in Erscheinung tritt. Es ist dies zwar nirgends im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich jedoch zwingend aus der in dieser Hinsicht völlig gleichmäßigen Behandlung sämtlicher beschränkter dinglicher Rechte im Gesetz. Bei der Belastung eines Grundstücks mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht verliert der Eigentümer das an sich zum Inhalt seines Eigentums gehörende Recht, andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen (§ 903 B.G.B.) Dafür erlangt der Nießbraucher oder Pfandgläubiger das Recht, die Sache zu nutzen oder sich aus der Sache für seine Forderung zu befriedigen. Nicht anders steht es bei den übrigen iura in re aliena. Überall entsteht als Korrelat der Beschränkung des Vollrechts für den Gegenkontrahenten eine selbständige Befugnis in bezug auf die Sache. Wenn Rheinen demgegenüber behauptet, daß diese Wechselbeziehung für die Struktur des dinglichen Rechts nicht essentiell sei, so widerspricht dies einem aus dem Gesetze selbst entnommenen Erfahrungssatz und mußte als Ausnahme von der Regel bewiesen werden. Dies hat Rheinen jedoch nicht getan. Sein Versuch, die Natur der Vormerkung speziell als Sachenrecht zu beweisen, muß demnach als gescheitert angesehen werden.

Die zweite Stufe seiner Deduktionen bildet die Kennzeichnung der Verfügungsbeschränkung als negatives Herrschaftsrecht. Diesen Begriff übernimmt Rheinen von Seckel[16]) und Dölle;[17]) er findet sich auch erwähnt bei M. Wolff[18]) als charakteristisch für die Rechtsstellung des Vormerkungsberechtigten. Seckel definiert diesen Begriff, wie folgt: „Der Inhalt des negativen Herrschaftsrechts erschöpft sich in dem Nichtkönnen des Gegners zur Verfügung über seine

[16]) S. 250.
[17]) a. a. O. S. 500.
[18]) § 48 VII 2.
[19]) Dölle a. a. O., Seckel.

eigenen Rechte."[19]) Diese Definition ist insofern unvollständig, als sie nichts darüber enthält, was sich ihre Vertreter unter dem Begriff „Recht" vorgestellt haben. Es soll also anscheinend der Begriff „subjektives Recht", wie er für das deutsche Privatrecht allgemein Geltung hat, zugrunde gelegt werden. In diesem Falle ist aber die Definition „negatives Herrschaftsrecht" eine contradictio in adjecto. Der Begriff widerspricht sowohl dem allgemeinen Sprachgebrauch als auch der anerkannten Terminologie des Gesetzes.

Das subjektive Recht ist eine dem Einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Macht. Jedes subjektive Recht gewährt als Aktivstellung eine Berechtigung, dem auf der Passivseite eine Verpflichtung gegenübersteht. Unter einer Berechtigung oder Rechtsstellung versteht man aber immer die rechtliche Möglichkeit zu einem positiven Handeln. Die allgemeine Rechtslehre hat die subjektiven Rechte in solche des rechtlichen Könnens, Sollens und Dürfens eingeteilt.[20]) Sie alle erschöpfen sich nicht nur in einem Nichtkönnen auf der Passivseite, sondern geben auf der Aktivseite das Recht zum Handeln. Wer aus einem Schuldverhältnis berechtigt ist, hat einen Anspruch gegen den Gegner, auf Grund dessen er von ihm eine Leistung fordern kann (§§ 194, 241 B.G.B.); er kann also positiv handeln. Der Inhaber eines Gestaltungsrechtes kann anfechten, kann kündigen, kann aufrechnen. Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das volle Herrschaftsrecht und kann mit der Sache innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken nach seinem Belieben verfahren (§ 903); überall enthält der Begriff „Recht" als wesentlichen Inhalt die Befugnis zu einem positiven Können. Dies entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch des Lebens. Niemand wird von einem „Recht" sprechen, wenn es seinen Träger zu nichts berechtigt. Selbst Seckel, der den Begriff des negativen Herrschaftsrechts geschaffen hat, steht andererseits doch wieder auf dem Standpunkt,[21]) daß das rechtliche Können jedem Rechte innerwohne, nicht nur den Rechten des rechtlichen Könnens, sondern auch denen des Sollens und Dürfens. Zu einem Nicht-Können wird man nicht berechtigt. Insofern ist also der Begriff „negatives Herrschaftsrecht" sachlich verfehlt. Der Streit ist auch keineswegs nur terminologischer Natur, da Rheinen gerade aus dieser Definition den Beweis für die Rechtsnatur der Verfügungsbeschränkung und der Vormerkung als Sachenrecht herleiten will.

---

[20]) Seckel, Festgabe für Koch S. 205 ff.
[21]) S. 209.

Es ist oben bereits ausgeführt worden, daß die Vormerkung wohl als eine solche Verfügungsbeschränkung i. e. S. angesehen werden kann, wie Rheinen sie definiert. Sie beschränkt den Betroffenen in seiner Verfügungsmacht zugunsten des Vorgemerkten. Es scheint damit bewiesen zu sein, daß die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung ist. Es ist vom logischen Standpunkt aus an sich nichts dagegen einzuwenden, diese soeben charakterisierte Rechtsbeziehung zwischen dem Betroffenen und dem Geschützten als eine Verfügungsbeschränkung zu bezeichnen. Rheinen begnügt sich nun aber nicht damit, einen vom dogmatischen Standpunkt aus unanfechtbaren Begriff geschaffen zu haben, sondern er geht insofern weiter, als er behauptet, der von ihm umrissene Begriff der Verfügungsbeschränkung i. e. S. sei identisch mit der Verfügungsbeschränkung des B.G.B. Diese Behauptung ist unrichtig. Rheinen geht selbst davon aus,[22]) daß das Gesetz an allen Stellen, wo es von Verfügungsbeschränkungen spricht, nur ein und denselben Begriff meinen kann. Insbesondere muß dies natürlich von dem Teil des Rechtsgebiets gelten, dem alle diese Erörterungen angehören, nämlich dem allgemeinen Teil des materiellen Liegenschaftsrechts. § 894 nimmt sogar ausdrücklich auf den im § 892, I, S. 2 aufgestellten Begriff Bezug, indem es von Verfügungsbeschränkungen der im § 892 bezeichneten Art spricht. Dieser S. 2 des § 892, I will nun nicht etwa eine spezielle Art von Verfügungsbeschränkungen normieren, sondern sagt dem Sinne nach genau dasselbe wie § 137 B.G.B., nämlich daß der Betroffene in der Verfügung zugunsten einer bestimmten Person beschränkt sein soll; da es sich um eine sachenrechtliche Vorschrift handelt, spricht § 892 natürlich nur von der Befugnis zur Verfügung über ein Recht an einem Grundstücke. Aus der Gegenüberstellung von § 892, S. 2 mit S. 1, ergibt sich nun aber, daß der Begriff der Verfügungsbeschränkung des B.G.B. ein wesentlich engerer ist, als der von Rheinen aufgestellte Begriff. Dieser Unterschied liegt in der Entstehung der Verfügungsbeschränkung im Verhältnis zum Grundbuch. Rosenberg[23]) und Raape[24]) sind überstimmend der Meinung, daß § 892, S. 2, nur solche Verfügungsbeschränkungen im Auge haben könne, die außerhalb des Grundbuches entstehen können, geben aber für diese Ansicht keine nähere Begründung. Rheinen bekämpft daher diese Theorie in äußerst

---

[22]) S. 3.
[23]) J.W. 1926 S. 2621.
[24]) J.W. 1927 S 1928; so auch R.G. 90/409.

scharfsinniger, jedoch nicht überzeugender Weise. Er argumentiert folgendermaßen:

Das Gesetz spricht nur zwischen den Zeilen aus, daß der Erwerber eine bestehende und eingetragene Beschränkung gegen sich gelten lassen muß. § 892 S. 2 betrifft hiernach nur den Fall, daß eine bestehende Beschränkung nicht eingetragen ist. Ein Hinweis darauf, ob die bestehende Verfügungsbeschränkung außerhalb des Grundbuches entstanden sein kann, könne in dieser Bestimmung nicht gefunden werden.

Daß die Deduktion Rheinens falsch und die Ansichten Rosenbergs und Raapes trotzdem zutreffend sind, mag folgende Erwägung zeigen: § 892, I S. 1 hat zur Voraussetzung, daß das Grundbuch unrichtig ist, und daß weder ein Widerspruch gegen die Unrichtigkeit eingetragen, noch diese dem Erwerber bekannt ist. Das Grundbuch ist aber dann unrichtig, wenn entweder ein Tatbestand, der öffentlichen Glauben genießt, nicht eingetragen ist, obgleich er nach materieller Rechtslage eingetragen sein müßte (Unvollständigkeit), oder wenn umgekehrt eine Eintragung sich im Grundbuch befindet, die der materiellen Rechtslage nicht entspricht, sei es, daß sie niemals eingetragen werden durfte, sei es, daß sie inzwischen gelöscht werden mußte. Für das Gebiet der Verfügungsbeschränkung könnte nur der erste Fall, die sogenannte Unvollständigkeit des Grundbuches, in Betracht kommen, da nur diese zugunsten des gutgläubigen Erwerbers wirken kann. Diejenigen Verfügungsbeschränkungen (im Sinne Rheinens), die auch außerhalb des Grundbuches entstehen können, aber eintragungsfähig sind, z. B. die durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers, durch Konkurseröffnung, durch Nacherbschaft hervorgerufenen Beschränkungen können das Grundbuch vor ihrer Eintragung nicht unrichtig machen, da sie nicht notwendigerweise eingetragen sein müssen. Daß diese Verfügungsbeschränkungen zwar ins Grundbuch eingetragen werden können, hat das Gesetz gerade im Hinblick auf die Möglichkeit ihres Erlöschens durch gutgläubigen Erwerb ermöglicht. § 892 S. 2 B.G.B. wäre aber überflüssig, wenn man annehmen wollte, daß in der Zeit zwischen dem Entstehen der Verfügungsbeschränkung und ihrer Eintragung ins Grundbuch dieses unrichtig werden würde; dann wäre dieser Fall ja bereits von § 892, I S. 1 erfaßt worden. Der Gesetzgeber ist also offenbar selbst davon ausgegangen, daß es außerhalb der im § 892, I S. 1 normierten Unrichtigkeit des Grundbuches bei Verfügungsbeschränkungen noch andere Tatbestände gäbe, die durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ge-

deckt werden könnten; um auch diese Fälle zu erfassen, ist der Satz 2 hinzugefügt worden. Eine ganz andere, hier nicht zu erörternde Frage besteht darin, ob das Grundbuch dadurch unrichtig wird, daß eine einmal eingetragene Verfügungsbeschränkung versehentlich gelöscht wird.

Faßt man das Gesamtergebnis dieser Darlegungen zusammen, so ergibt sich, daß § 892 S. 2 nur von solchen Verfügungsbeschränkungen handelt, die zu ihrer Entstehung nicht der Eintragung ins Grundbuch bedürfen. Nur für solche Beschränkungen verwendet aber das Gesetz, da es sich überall um denselben Begriff handelt, die Bezeichnung: „Verfügungsbeschränkung". Dies ist zwar vom Gesetz willkürlich festgelegt, aber das Gesetz ist nicht dogmatisch. Für die Vormerkung folgt daraus, daß sie keine solche Verfügungsbeschränkung im Sinne des B.G.B. ist, da sie ohne Eintragung ins Grundbuch nicht begründet werden kann. Wenn Rheinen daher die gesetzlichen Bestimmungen über Verfügungsbeschränkungen auf die Vormerkung anwenden will, so ist das zwar von seinem Standpunkt aus konsequent, aber sachlich unberechtigt. Hierbei handelt es sich allerdings um einen terminologischen Streit; man muß zugeben, daß für das Gesetz kein zwingender Grund dafür vorlag, den Begriff der Verfügungsbeschränkung in der oben dargelegten Weise zu begrenzen. Will man aber einmal die gesetzlich normierten Vorschriften für ein bestimmtes Rechtsinstitut anwenden, so ist es nicht angängig, diesem Institut einen anderen Sinn beizulegen, als das Gesetz selbst es tut.

Diese Argumente gelten gleichmäßig auch für und gegen alle diejenigen Autoren, welche die Vormerkung als eine Verfügungsbeschränkung, als ein relatives Veräußerungsverbot oder als diesen Rechtsbegriffen verwandt bezeichnen.[25]) Ihre Theorie ist richtig, soweit sie die Vormerkung nur als eine qualifizierte Verfügungsbeschränkung ansehen; sie ist es jedoch nicht mehr, wenn behauptet wird, die Vormerkung sei eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des B.G.B.[26]) Klar ausgesprochen wird dieser Unterschied im Kommentar der Reichsgerichtsräte;[27]) dort heißt es: „mit dem Anspruch ist vermöge der Vormerkung ein Veräußerungsverbot besonderer Art (nicht eine rechtliche Verfügungsbeschränkung) verbunden". Diejenigen Autoren, die sich darauf beschränken, die Natur der Vormerkung als eine qualifizierte Verfügungs-

[25]) Turnau-Förster § 892, III, 2 a, Staudinger § 883, V, 3 c, Planck § 883, 2 S. 219 usw.
[26]) So außer Rheinen nur Turnau-Förster a. a. O.
[27]) § 883, 8.

beschränkung oder einem Veräußerungsverbot verwandt zu bezeichnen, muß jedoch entgegengehalten werden, daß ihre Definition, wenn sie auch sachlich unangreifbar ist, doch eigentlich nichts positives sagt; eine einzige Form, in der die Vormerkung ihre Wirkung äußert, wird besonders hervorgehoben und damit das Wesen des gesamten Rechtsinstituts zu erfassen versucht. Wie will man aber aus der Natur der qualifizierten Verfügungsbeschränkung z. B. die rangsichernde Wirkung der Vormerkung erklären? Sie folgt keineswegs aus dem Wesen einer Verfügungsbeschränkung.

III. Unter den Vertretern der Lehre, die die Vormerkung nicht als ein dingliches Recht ansieht, lassen sich drei Hauptrichtungen verfolgen, die nunmehr näher untersucht werden sollen.

Oberneck[28]) erklärt die Vormerkung für eine obligatio in rem scripta. Durch ihre Eintragung verwandele sich der Anspruch, der sich gegen einen bestimmten Schuldner richtet, in einen solchen mit einem unbestimmten Schuldner. Zur Begründung seiner Ansicht führt er § 888 B.G.B. an. Hiergegen ist einzuwenden, daß gerade umgekehrt aus § 888 gefolgert werden muß, daß der Anspruch der in § 883, I B.G.B. bezeichneten Natur unverändert gegen den ursprünglichen Schuldner geht, wenn auch eine dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksame Verfügung jenen nicht mehr formell verfügungsberechtigt erscheinen läßt. § 888 B.G.B. bildet nur den Ausgleich für das im § 19 G.B.O. festgelegte sogenannte formelle Konsensprinzip; es muß die Zustimmung des Buchberechtigten zu der durch die Vormerkung gesicherten Rechtsänderung erlangt werden können. Auf die besondere Bedeutung des § 888 B.G.B. für die Natur der Vormerkung wird noch später zurückzukommen sein. Die Theorie Obernecks dürfte ebenfalls abzulehnen sein.

v. Gierke,[29]) Dernburg[30]) und Lehmann[31]) vertreten den Standpunkt, die Vormerkung sei, trotz der ablehnenden Stellung der Gesetzeskommission, nichts anderes als das alte ius ad rem des preußischen Landrechts. Die Eintragung einer Vormerkung ermögliche die Verdinglichung eines obligatorischen Anspruches in Beziehung auf eine Sache und entspreche insofern dem Begriff des Rechtes zur Sache. Diese Ansicht ist, vielfach zu Unrecht, meist mit dem bloßen Hinweis darauf abgetan worden, daß das B.G.B. keine Rechte

---

[28]) § 50, V.
[29]) a. a. O. S. 21.
[30]) II § 3 S. 14.
[31]) Sachenrecht III S. 186 Ziff. 3, Pandekten Bd. II § 3, Anm. 11.

zur Sache mehr kenne. Diese Begründung erscheint im Hinblick darauf, daß sie sich nur auf die Entstehungsgeschichte stützt, nicht ganz überzeugend. Die Meinung der Gesetzgeber kann für die Auslegung einer Gesetzesstelle nicht von authentischer Bedeutung sein. Im vorliegenden Falle könnte also trotzdem die Vormerkung so ausgestaltet worden sein, daß sie, selbst gegen den Willen ihrer Schöpfer, im wesentlichen dennoch die Züge des alten ius ad rem trägt. Mit der Berufung auf den Willen der Gesetzgeber dürfte diese Ansicht daher noch nicht widerlegt sein. Es muß vielmehr sachlich Stellung genommen werden.

Vermöge des ius ad rem konnte im früheren Recht eine Verdinglichung eines persönlichen Anspruchs, der sich auf eine bestimmte Sache bezog, stattfinden. Bei Immobilien wurde dabei der Anspruch in das Hypothekenbuch eingetragen. Das ius ad rem bildete sozusagen eine Vorstufe zu dem vollen dinglichen Recht, dem ius in re.

Tatsächlich können nun die im § 883, I B.G.B. bezeichneten Ansprüche durch Eintragung einer Vormerkung derart gesichert werden, daß dadurch viele Wirkungen des dinglichen Rechtes vorweg genommen werden; es läßt sich dieser Zustand also sehr wohl auch als eine Vorstufe zum dinglichen Vollrecht bezeichnen. Dennoch ist die Vormerkung grundverschieden von dem alten ius ad rem. Zwei Gesichtspunkte sollen dafür angeführt werden. Einmal können durch Vormerkung nicht alle persönlichen Ansprüche, die sich auf ein Grundstück beziehen, gesichert werden, sondern ausschließlich die im § 883, I B.G.B. aufgeführten; das Recht des Mieters oder Pächters, ein Hauptanwendungsfall im früheren Recht, kann nicht gesichert werden. Rechte, die niemals zum vollen dinglichen Recht werden können, dürfen heute nicht vorgemerkt werden, anders dagegen früher. Ein zweiter tiefgehender Unterschied wird dadurch begründet, daß im früheren Recht der Anspruch selbst eingetragen wurde; das B.G.B. sieht nur vor, daß „zur Sicherung eines bestimmten Anspruches eine Vormerkung ins Grundbuch eingetragen" werden kann. Die Vormerkung ist aber ein ausschließlich dem Sachenrecht angehöriger Begriff; die für die ganze Einrichtung des ius ad rem charakteristische Verschmelzung von Obligationen- und Sachenrecht kommt daher für das neue Recht, trotz der Schaffung der Vormerkung, in Fortfall. Man muß daher doch wohl sagen, daß die gesetzliche Regelung der Vormerkung so verschieden von der des ius ad rem ist, daß eine Wesensgleichheit dieser beiden Rechtsbegriffe nicht angenommen werden kann.

Es bleibt jetzt noch die Theorie Biermanns zu erörtern. Biermann, der zunächst[32]) ebenfalls die Vormerkung als ein ius ad rem auffaßte, änderte seine Ansicht in seiner grundlegenden Monographie „Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht"[33]) und bezeichnete die Vormerkung „als einen Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert". Die dingliche Art und Weise der Sicherung zeigt sich vornehmlich in dem Schutz gegen später nachteilige Verfügungen und in der Erhaltung der Rangstelle. Diese Definition bedarf keiner Begründung, sie ergibt sich von selbst aus dem Gesetz. Sie dürfte die einzige sein, die dem Wesen der Vormerkung voll gerecht wird.

IV. Hiergegen ist von Othmer[34]) eingewandt worden:

Die Vormerkung solle nach Biermann kein dingliches Recht sein. Sie solle aber dingliche Wirkungen haben. Nun kenne aber das Grundbuchrecht nur zwei Arten von Eintragungen,— entweder dingliche Rechte oder Grundbuchvermerke im Sinne von bloßen „Verlautbarungen", z. B. das Bestandsverzeichnis. Die Aufnahme rein persönlicher Ansprüche in das Grundbuch sei aber unmöglich, deshalb sei auch die Konstruktion Biermanns falsch, da die Vormerkung ein dingliches Recht nicht sein solle, ein bloßer Vermerk aber keine dinglichen Wirkungen erzeugen könne.

Diese Argumentation geht von dem unbewiesenen Grundsatz aus, daß das formelle Grundbuchrecht nur die dinglichen Rechte und bloße Vermerke rein deklaratorischer Natur kennt. Gerade die Existenz der Vormerkung durchbricht diesen vermeintlichen Grundsatz. Sie ist weder ein dingliches Recht, noch eine bloße Verlautbarung in Form eines Vermerkes, sondern eben ein Drittes, als solches nur noch mit dem Widerspruch nach § 899 B.G.B. etwa auf eine Stufe zu stellen. Vormerkung und Widerspruch stehen also selbständig neben dinglichen Rechten und bloßen Grundbuchvermerken.

Weiter ist gegen die Theorie, die die Konstruktion der Vormerkung als dingliches Recht ablehnt, eingewandt worden, auf diese Weise würde das Grundbuch der Eintragung obligatorischer Ansprüche zugänglich gemacht; dies widerspräche aber zweifellos dem Willen und den Absichten des Gesetzes. Demgegenüber muß wieder betont werden, daß bereits die Voraussetzungen dieses Einwandes falsch sind. Wie schon oben bei der Erörterung der Theorie Gierkes, nach der die Vor-

---

[32]) Sachenrecht S. 35 Anm. 2.
[33]) S. 184.
[34]) S. 53.

merkung ein ius ad rem ist, dargelegt worden ist, wird keineswegs der persönliche Anspruch der im § 883, I B.G.B. genannten Art im Grundbuch eingetragen, sondern „zur Sicherung eines Anspruches auf Einräumung usw. wird eine Vormerkung eingetragen". Die Vormerkung tritt somit neben den persönlichen Anspruch; sie ist zwar streng akzessorisch, aber keineswegs mit diesem identisch. Mit ähnlichen Erwägungen muß auch dem Einwand begegnet werden, daß es einen solchen persönlichen Anspruch mit dinglichen Wirkungen begrifflich nicht geben könne, da es sich dann eben nicht mehr um ein obligatorisches, sondern um ein dingliches Recht handele. Es ist unrichtig, daß der zugrundeliegende persönliche Anspruch verdinglicht wird; dies wäre allerdings eine contradictio in adjecto, und es dürfte dann nicht mehr an dem rein obligatorischen Charakter der Forderung festgehalten werden. § 883, I B.G.B. besagt aber nur, daß die Verwirklichung der genannten Ansprüche in dinglicher Weise gesichert wird. Daraus ergibt sich, daß die Natur des Anspruches selbst völlig unangetastet bleibt; auf diesen bleibt es ohne Einfluß, welche Sicherungsmittel das Gesetz zu seiner endgültigen Durchsetzung bereitstellt.

Gegen die Definition Biermanns wird von Othmer[35]) der Einwand erhoben, sie sei gar keine Definition, sondern nur ein Extrakt der §§ 883 ff. B.G.B. Im Grunde folgen der Ansicht Othmers die vielen Autoren, die zwar die Theorie Biermanns für richtig ansehen, dann aber die Vormerkung außerdem noch unter einen anderen Begriff, sei es Verfügungsbeschränkung, Veräußerungsverbot, dingliches Recht irgendeiner Art, Erwerbsberechtigung usw. bringen. Ihnen allen erscheint offenbar die Begriffsbestimmung Biermanns nicht ausreichend. Hier liegt meines Erachtens der Ausgangspunkt für alle in irgendeiner Hinsicht fehlgeschlagenen Versuche, die Vormerkung unter einen Oberbegriff zu bringen. Daß dieser Gesichtspunkt noch immer nicht genügend erkannt worden ist, wird bewiesen durch den erst in neuester Zeit unternommenen Versuch Rheinens. Man bemüht sich, von außen her solche Merkmale in den Begriff der Vormerkung hineinzutragen, die ihrem Wesen, das allerdings nur aus dem Gesetz allein zu entnehmen ist, fremd sind. Man übersieht, daß es nicht ausschließlich die Aufgabe einer Definition ist, einen Begriff in ein bekanntes Schema, also unter einen festgelegten Oberbegriff zu bringen, sondern daß mitunter eine Einordnung nur derart erfolgen kann, daß der zu rubrizierende Begriff als ein institutum sui generis definiert wird. So ver-

[35]) S. 51.

hält es sich aber mit der Vormerkung. Sie steht selbständig neben den anderen Rechtsinstituten des Sachenrechts; sie folgt ausschließlich ihren eigenen Normen; es ist daher unmöglich, Rechtsvorschriften für einen anderen Begriff im Wege über einen gemeinsamen Oberbegriff auf die Vormerkung anzuwenden. Darum ist es richtig und vollständig, mit Biermann zu definieren; jeder sonstige Zusatz ist nicht nur überflüssig, sondern auch falsch.

V. Es bleibt jetzt nur noch die Frage zu erörtern, ob die Vormerkung, wenn sie schon kein Recht an einem Grundstück ist und § 892 B.G.B. direkt auf sie nicht angewandt werden kann, nicht doch ein solches Recht ist, das der Natur der beschränkten dinglichen Rechte in manchen Beziehungen entspricht, so daß eine analoge Anwendung des § 892 zu rechtfertigen wäre. Es ist hierbei auf die Ausführungen, die über die Theorie Rheinens, insbesondere über Verfügungsbeschränkungen und negative Herrschaftsrechte gemacht worden sind, zurückzugehen. Die Vormerkung ist mit den Wirkungen einer Verfügungsbeschränkung im allgemeinen Sinne, nicht im Sinne des B.G.B., ausgestattet. Die den Betroffenen in der Verfügung beschränkende Vormerkung erschöpft sich, wie Rheinen selbst darlegt, in dem Nicht-Können dieses Betroffenen, ohne auf der Gegenseite positive Ansprüche zu erzeugen.[36]) Derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist, hat nach wie vor nur den persönlichen Anspruch gegen seinen Schuldner, dessen praktische Verwirklichung allerdings in besonderer Weise gesichert ist. Er hat aber, streng genommen, nicht mehr Rechte als früher; die Rechtsstellung aus der Vormerkung gewährt nur einen tatsächlichen Mehrwert hinsichtlich der Durchsetzbarkeit des gesicherten Anspruches. Es ist deshalb auch falsch, von einem Vormerkungs r e ch t und einem Vormerkungs b e r e ch t i g t e n zu sprechen: diese Terminologie verleitet nur zu leicht zu schiefen Fragestellungen und deshalb falschen Ergebnissen. Dem folgt auch das Gesetz, indem es nirgends von einem Vormerkungsberechtigten, sondern stets nur von „demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist" oder von dem Gläubiger spricht (§§ 886, 887, 888 B.G.B.). Man dürfte höchstens von einem Vormerkungsbegünstigten sprechen, vielleicht noch von einer Rechtsposition des Gläubigers; dadurch wird nur zum Ausdruck gebracht, daß dieser eine besondere Stellung im Rechtssinne durch die Eintragung der Vormerkung einnimmt, nichts weiter. Eine ganz andere, hier nicht zu behandelnde Frage ist es, ob und in welcher Weise die ver-

[36]) S. 60 ff.

sehentliche Löschung einer Vormerkung einen Berichtigungsanspruch aus § 894 B.G.B. zu erzeugen vermag.

Dem steht auch nicht entgegen, daß § 887 B.G.B. davon spricht, daß der unbekannte Gläubiger, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, mit seinem „Rechte" unter den Voraussetzungen des § 1170 B.G.B. ausgeschlossen werden kann. Aus diesem einmal im Gesetz angewandten Ausdruck „Recht" auf die Natur der Vormerkung als eines Rechts zu schließen, würde verfehlt sein. Es bedeutet nichts anderes, als daß der Gläubiger seiner Rechtsposition aus der Vormerkung verlustig gehen solle. Der Ausdruck „Recht" ist hier kürzer und trotzdem unmißverständlich. Daß die Vormerkung nicht ein Recht im technischen Sinne des Gesetzes ist, ergibt sich aus dem Zusammenhang sämtlicher materieller Vorschriften über die Vormerkung. Demgegenüber kann die eine sprachliche Ungenauigkeit im § 888 B.G.B. nicht als ein entscheidendes Argument ins Gewicht fallen.

Daß dieVormerkung kein Recht, sondern nur eine Begünstigung ist, wird auch nicht etwa durch § 888 B.G.B. widerlegt. § 888 bildet den Ausgleich zu dem das Liegenschaftsrecht beherrschenden formellen Konsensprinzip (§ 19 G.B.O.). Danach hat der Dritterwerber seine Zustimmung zu der durch die Vormerkung gesicherten Rechtsänderung zu geben. Dieser Anspruch ist nur deshalb geschaffen worden, weil der Schuldner, der materiell seine Zustimmung zu der Rechtsänderung geben muß, formell nicht mehr der Berechtigte ist. Das Grundbuch ist also relativ, d. h. nur dem Gläubiger gegenüber unrichtig,[37]) da nach § 883, II B.G.B. ihm gegenüber fingiert wird, als sei keine vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung dazwischen getreten. Der Anspruch aus § 888 B.G.B. entspricht daher etwa dem allgemeinen Berichtigungsanspruch bei absoluter Unrichtigkeit des Grundbuches aus § 894 B.G.B.[38]) Mit Recht weist Rheinen[39]) darauf hin, daß bei einem Veräußerungsverbot bezüglich einer beweglichen Sache, das in dieser Wirkung der Vormerkung gleichzustellen ist, eine solche formelle Zustimmungserklärung des Dritterwerbers nicht notwendig ist; die Erfüllung des z. B. so gesicherten Übertragungsanspruches würde sich in der Weise vollziehen, daß der Schuldner sich mit dem Gläubiger über den Eigentumsübergang einigt und ihm den Herausgabeanspruch gemäß § 931 B.G.B. gegen den Dritterwerber abtritt. Diese Möglichkeit besteht im Grundstücksverkehr nicht

[37]) M. Wolff § 48, III, 1 Anm. 29, Rheinen S. 61.
[38]) M. Wolff a. a. O.
[39]) S. 61.

mehr, da der Veräußerer nicht mehr eingetragen ist. Der Anspruch aus § 888 B.G.B. hat daher nur formelle Bedeutung[40]) und steht in materiellem Zusammenhang mit dem ursprünglichen Anspruch und dessen Erfüllung. Diese muß vielmehr nach wie vor vom Schuldner bewirkt werden.[41]) Immerhin kann nicht geleugnet werden, daß es sich bei diesem formellen Zustimmungsanspruch um einen wirklichen Anspruch, also um ein Recht handelt. Der Gläubiger kann etwas fordern, also positiv etwas tun. Andererseits muß entschieden betont werden, daß dieser Anspruch keineswegs mit der Vormerkung identisch ist. Dieser Anspruch kann auch nicht etwa mit dem Unterlassungsanspruch aus § 1004 B.G.B. verglichen werden. § 1004 gewährt einen Anspruch, der aus einem gestörten R e ch t e erwächst; § 888 dient dagegen nur dem allgemeinen Ziel der Vormerkung, der ungehinderten Verwirklichung des gesicherten Anspruchs, ohne einen materiellen Unterlassungsanspruch zu erzeugen. Er ist durch positiv-rechtliche Vorschrift dem Geschützten für einen bestimmten Fall gegeben. Es muß also daran festgehalten werden, daß die Vormerkung selbst kein Recht ist, weil sich aus ihr keine Rechte und Verpflichtungen ergeben, sondern daß sie im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung des gesicherten Anspruchs für den Gläubiger einen Anspruch erzeugt, der sich wiederum nicht aus ihrer eigenen Natur, sondern aus der Herrschaft des formellen Konsensprinzips im Grundbuchrecht ergibt.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die Vormerkung als solche weder ein dingliches Recht noch überhaupt ein Recht ist. Eine auch nur entsprechende Anwendung des § 892 für den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung erscheint aus den vorstehenden Erwägungen heraus unzulässig.

3. K a p i t e l

§ 5.

Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 893.

Während es für die Anwendbarkeit des § 892 B.G.B. für den gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung ausschließlich auf das eine Problem ankommt, nämlich ob die Vormerkung ein Recht an einem Grundstück ist oder nicht, erhebt sich bei der Untersuchung der Frage, inwiefern ein gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung nach § 893 B.G.B. möglich ist, eine Reihe

[40]) Du Chesne S. 581.

[41]) So die herrschende Lehre; M. Wolff a. a. O., Planck-Strecker § 888, I 2 f., Raape S. 50, 58, Güthe-Triebel Anm. 36 zu § 25, Rosenberg S. 365. A. M. R.G. Komm. § 888, 1, 2; Knoke S. 419.

verschiedenster Einzelfragen. Eine Gesamtlösung ist erst dann möglich, wenn sämtliche Voraussetzungen im einzelnen geprüft worden sind. § 893 lautet: „Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält." Nur die zweite Alternative kann für die Vormerkung in Betracht kommen; denn die Bewirkung einer Leistung an jemanden, für den ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, steht hier nicht in Frage. Es muß also zwischen jemandem, für den im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden, das eine Verfügung über das Recht enthält. Bei dem Erwerb einer Vormerkung verteilen sich die Parteirollen in der Weise, daß der buchmäßig Berechtigte derjenige ist, der von der Vormerkung betroffen wird, während der Gläubiger der erwerbende Dritte ist.

I. Es handelt sich somit zunächst um die Frage: vollzieht sich der Erwerb einer Vormerkung vermittels eines Rechtsgeschäfts zwischen Gläubiger und Schuldner, und zwar in Ansehung des betroffenen Rechtes? Es müssen hier die Voraussetzungen, die das Gesetz für die Entstehung einer Vormerkung aufgestellt hat, geprüft werden. Die einzelnen Erfordernisse des Erwerbstatbestandes sind, wie bereits erwähnt, gemäß der Sonderstellung der Vormerkung überhaupt, abweichend von der Vorschrift des § 873 B.G.B. über den Erwerb von Rechten an Grundstücken im § 885 geregelt. Danach erfolgt die Eintragung einer Vormerkung entweder auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung des Betroffenen. Für die vorliegende Frage muß die erste Möglichkeit sofort von selbst ausscheiden: diejenige Vormerkung, die auf Grund einer vom Gericht erlassenen einstweiligen Verfügung eingetragen wird, beruht keineswegs auf einem Rechtsgeschäft zwischen dem Erwerber und dem Betroffenen, sie kann daher auch nicht auf dem Wege des § 893 B.G.B. gutgläubig erworben werden. Daß das Gesetz nicht ausdrücklich von einem „Erwerb" der Vormerkung spricht, sondern sich der Formulierung bedient: „Die Eintragung der Vormerkung erfolgt auf Grund usw." kann sachlich keine Bedeutung haben. Gemeint ist damit jedenfalls, daß, sofern nach erteilter Bewilligung des Betroffenen die Vormerkung ins Grundbuch eingetragen wird, diese damit

auch dem geschützten Gläubiger zustehen soll; dieser hat sie also mit der formgerechten Eintragung erworben.

Bei einem Vergleich der beiden Entstehungstatbestände § 873, I und § 885, I fällt sofort auf, daß zur Begründung eines Rechts an einem Grundstück die Einigung zwischen dem Erwerber und dem anderen Teil erforderlich ist, während § 885, I für die materiellrechtliche Entstehung der Vormerkung die einseitige Bewilligung des Betroffenen genügen läßt. Es scheint daher, als ob der Erwerb einer Vormerkung kein Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner notwendig voraussetzt.

Rheinen[1]) gelangt in seiner Monographie zu dem Ergebnis, daß § 885 und § 873 nicht selbständig in der Weise nebeneinander ständen, daß ausschließlich die eine oder aber die andere Vorschrift zu gelten habe, daß vielmehr § 885 nur die Arten der Entstehung einer Vormerkung hervorheben will. Die eine Gruppe von Vormerkungen entsteht kraft richterlicher Anordnung, die andere auf Grund eines Rechtsgeschäfts; für die letzteren müsse aber wieder § 873 B.G.B. Geltung haben. Er beruft sich hierfür vor allem auf die Entstehungsgeschichte. Die Gesetzeskommission wollte die Regelung des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes von 1872 fortbestehen lassen, wonach im Gegensatz zu früher die Eintragung einer Vormerkung auch auf Grund einer freiwilligen Übereinkunft der Parteien, nicht nur die Zwangsvormerkung zugelassen wurde.[2]) Diese beiden Möglichkeiten wolle § 885 B.G.B. einander gegenüberstellen. Er unterscheidet dann weiter zwischen formellrechtlicher und materiellrechtlicher Bewilligung und kommt daher zu dem Ergebnis, daß über die Form der materiellrechtlichen Bewilligung, also über den Willen, die Vormerkung zur Entstehung, nicht zur buchmäßigen Vormerkung zu bringen, im § 885 nichts gesagt sei. Hier müsse also § 873, der eine Einigung zwischen den Parteien verlangt, wieder eingreifen. Auch aus einigen, wie Rheinen meint, unannehmbaren Folgen, zu denen die entgegengesetzte, herrschende Lehre führen müsse, will er den Schluß ziehen, daß auch die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Vormerkung die Einigung der Parteien verlange.[3])

Gegen die Ansicht Rheinens spricht der klare Wortlaut des Gesetzes, weiterhin aber auch noch die Erwägung, daß die Vormerkung kein dingliches Recht am Grundstück ist und

---

[1]) S. 38.
[2]) Prot. Bd. III S. 115.
[3]) Der gleichen Ansicht sind Fuchs I.Z. 1914, 3; Othmer S. 94; Sekler S. 54; Cosack-Mitteis II, 1 § 25, VI, 1 a.

§ 873 daher überhaupt nicht angewendet werden kann.[4]) Gerade diese Unterstellung erkennt aber Rheinen nicht an; er will das Gegenteil beweisen und kann daher aus der von ihm abgelehnten These keine Rückschlüsse ziehen. Wer aber die Voraussetzung Rheinens, daß die Vormerkung ein dingliches Recht an einem Grundstück sei, nicht für richtig hält, für den ergibt sich aus der Fassung der §§ 873 und 885 B.G.B. der eindeutige Wille des Gesetzes in Ansehung der Entstehungsmerkmale für die Vormerkung.

Es muß also festgestellt werden, daß für die Entstehung einer freiwillig eingetragenen Vormerkung die Einigung zwischen den Beteiligten nicht gefordert werden darf; es genügt die einseitige Bewilligung des passiven Teils, ohne daß der Gläubiger sein Einverständnis zu erklären braucht. Die Bewilligung des Betroffenen ist nicht einmal formbedürftig. Nach herrschender Lehre ist die Bewilligung des § 885 B.G.B. materiellrechtlicher Natur, kann also mit der ebenfalls formlosen Einigung des § 873 auf eine Stufe gestellt werden. Die formelle, grundbuchmäßige Bewilligung des § 19 G.B.O. ist allerdings formbedürftig (§ 29 G.B.O.); sie ist aber als solche für die Begründung der Vormerkung nicht erforderlich.

Es ist also durchaus denkbar, daß der Gläubiger von der Bewilligung der Vormerkung durch den Schuldner und der nachfolgenden Eintragung erst nachträglich Kenntnis erlangt; er erfährt dann ohne sein Vorwissen und seinen Willen eine Verbesserung seiner Rechtsstellung.[5]) In einem solchen Falle kann man allerdings nicht von einem Rechtsgeschäft zwischen dem Betroffenen und dem Erwerber sprechen. Eine Anwendung des § 893 B.G.B. ist dann jedenfalls ausgeschlossen. Aber es besteht ja auch kein Grund, den Erwerber in diesem Fall zu schützen. Er ist weder gut- noch schlechtgläubig, sondern weiß von seinem Erwerbe überhaupt nichts. Er kann in seinem Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand, nämlich auf die Richtigkeit des Grundbuches auch gar nicht geschützt werden, da er sich überhaupt keine Vorstellung von diesem Buchbestand macht. Es ist aber mit Strohal[6]) anzunehmen, daß solche Fälle, in denen der Gläubiger von dem Erwerb der Vormerkung erst nachträglich etwas erfährt, kaum vorkommen werden. Auch in der Praxis hat sich diese Annahme bewahrheitet: das Reichsgericht hat jedenfalls keine grundlegende Entscheidung über einen Streitfall, dem ein solcher

[4]) Herrschende Lehre. Dgl. Planck-Strecker S. 233, § 885 Erl. 2b, M. Wolff § 48 Anm. 13, Rosenberg S. 347, Brachvogel S. 46, Strohal S. 18, Anm. 16, Turnau-Förster § 885, II, 1.

[5]) Planck-Strecker a. a. O.

[6]) S. 17.

Tatbestand zugrunde lag, zu fällen gehabt. Es bildet vielmehr für die bewilligte Vormerkung die Regel, daß der Betroffene und die Gegenpartei sich vorher über die Eintragung der Vormerkung verständigen, indem der Schuldner diese Eintragung in materiellem Sinne bewilligt und der Gläubiger diese Erklärung entgegennimmt und sich gleichzeitig damit einverstanden erklärt. Es wird also in den weitaus überwiegenden Fällen eine gleiche Einigung zwischen den Parteien stattfinden, wie sie für die Entstehung der Rechte an Grundstücken und Grundstücksrechten nach § 873 B.G.B. gefordert wird. Daß eine solche Abmachung, die auf Eintragung einer Vormerkung gerichtet ist, ein Rechtsgeschäft zwischen demjenigen, für den ein Recht an einem Grundstück oder an einem Grundstücksrechte eingetragen ist, und einem anderen enthält, dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen; es liegen zwei übereinstimmende Privatwillenserklärungen vor, die auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichtet sind.

Ein kurzes Beispiel möge die Richtigkeit dieser vielfach bestrittenen Darlegungen erweisen: Ein nur buchmäßig berechtigter Nießbraucher übergibt dem Eigentümer eine den Vorschriften des § 29 G.B.O. entsprechende Löschungsbewilligung (§ 875, II B.G.B.). Es handelt sich hierbei um eine streng einseitige Aufgabeerklärung, die empfangsbedürftig ist (§ 875, I). Falls der Nießbrauch daraufhin gelöscht wird, so ist der Untergang dieses Rechtes auch den wahren Berechtigten gegenüber wirksam; denn der Eigentümer wird gemäß § 893, wenn er gutgläubig ist, geschützt. Dieses einseitige Rechtsgeschäft der Aufgabeerklärung ist nach völlig herrschender Ansicht ein Rechtsgeschäft z w i s c h e n demjenigen, für welchen ein Recht eingetragen ist (dem Nießbraucher) und dem anderen (hier dem Eigentümer). Es braucht sich demnach bei § 893 überhaupt nicht um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag) zu handeln, sondern es genügt, wenn zwei Personen bei dem Rechtsgeschäft mitwirken. Genau so liegt es aber bei der Bewilligung einer Vormerkung. Diese ist ebenfalls empfangsbedürftig und kann sowohl dem Grundbuchamt als auch der Gegenpartei gegenüber erklärt werden.[7]) Wird sie nur dem Grundbuchamt erklärt, so liegt der oben bereits erwähnte Fall vor, für den ein gutgläubiger Erwerb mangels jeder Kenntnis des Erwerbers überhaupt nicht in Frage kommt. Wird sie aber dem anderen Teil erklärt, so muß diese Erklärung dem Gläubiger nach allgemeinen Regeln (§ 130) zugehen, um wirksam zu werden; es ist also die Mitwirkung zweier Personen zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts notwendig, es handelt

[7]) Planck-Strecker § 885, 2 b, K.G. 46/208, Rosenberg S. 348.

sich somit genau wie im Fall der Aufgabeerklärung um ein Rechtsgeschäft zwischen demjenigen, für den ein Recht eingetragen ist (hier der Schuldner) und einem anderen (Gläubiger).

Die erste Voraussetzung des § 893 wäre damit erfüllt.

II. Es muß nun weiter versucht werden, ob es sich bei Bewilligung einer Vormerkung um ein solches Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten handelt, das eine Verfügung über das betroffene Recht enthält. Die Entscheidung dieser Frage hängt von der ungemein wichtigen Vorfrage ab, welche Rechtsgeschäfte das B.G.B. als Verfügungen ansieht. Das Gesetz selbst gibt keine Definition dieses grundlegenden Begriffes, ebensowenig wie es eine Wesensbestimmung der Begriffe Recht, Rechtsgeschäft, Willenserklärung, Besitz usw. enthält; es setzt den Charakter dieser Rechtsbegriffe als feststehend und gegeben voraus.

Im Schrifttum ist diese Frage häufig behandelt worden. Ein grundsätzlicher Meinungsstreit über das Wesen der Verfügung an sich besteht nicht. Die Verfügung wird von den meisten definiert als ein Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht unmittelbar betroffen wird.[8]) Es soll also vor allem unterschieden werden zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft; letzteres schafft nur Rechtsbezieungen zwischen zwei Rechtssubjekten, ohne daß an den sachenrechtlichen Zuständen etwas geändert wird. Zweifelhaft kann hier nur der Begriff der Unmittelbarkeit sein. Ohne Frage enthält die Übereignung eines Grundstücks eine Verfügung: Das Eigentum steht nach der Veräußerung dem Erwerber zu, das Recht selbst wird also betroffen. Die Übereignung vollzieht sich nach § 873 B.G.B.; erforderlich sind Einigung zwischen den Beteiligten und Eintragung ins Grundbuch. Den Charakter einer Verfügung enthält aber nur das erste Tatbestandsmerkmal, die dingliche Einigung. Diese ist ein Rechtsgeschäft, das auf Rechtsübertragung gerichtet ist. Die Eintragung ist dagegen ein Staatsakt, der allerdings wohl auf Antrag vorgenommen wird, aber dennoch keineswegs den Charakter eines Rechtsgeschäfts hat oder auch nur einem solchen wesensähnlich, vergleichbar ist. Ohne diese zur Einigung hinzutretende Eintragung tritt aber die dingliche Rechtsänderung nicht ein. In dem gesamten Anwendungsgebiet des § 873 B.G.B. vollzieht sich diese Rechtsänderung also nicht unmittelbar nach Abschluß des die Verfügung enthaltenden Rechtsgeschäfts, sondern erst, nachdem auch das

[8]) Rheinen S. 4, v. Tuhr II, 1 S. 238 ff., R.G. 90/398, Raape S. 257 Strohal S. 19, R.G. Komm. § 893, 4 usw.

zweite Erfordernis, die Eintragung ins Grundbuch, stattgefunden hat. Da aber diese Zweiteilung des dinglichen Rechtsgeschäfts im B.G.B. die Regel bildet — bei beweglichen Sachen tritt zur Einigung die Übergabe oder ein Übergabesurrogat hinzu —, so kann der Satz „Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht unmittelbar betroffen wird", nicht so ausgelegt werden, als ob sich die Rechtsänderung ohne das Hinzukommen irgendeines weiteren Momentes vollzöge, sondern nur in der Weise, daß diese nunmehr ohne Vermittlung eines zweiten Rechtsgeschäfts vor sich geht. Der Begriff „unmittelbar" ist daher besser zu ersetzen durch „ohne Vermittlung eines weitern Rechtsgeschäfts". Dadurch werden die Bedenken aus dem Wege geräumt, die auch bei der Vormerkung auftauchen müßten, da diese zu ihrer Entstehung ebenfalls die Eintragung ins Grundbuch voraussetzt.

Das zur Untersuchung stehende Problem: setzt der Erwerb einer Vormerkung eine Verfügung voraus? ist somit auf die enger begrenzte Frage zurückgeführt, ob nämlich die Bewilligung einer Vormerkung nach § 885 B.G.B. eine Verfügung ist.

Eine Verfügung hat die Veränderung eines Rechts im weitesten Sinne zum Inhalt. Auf welche Weise können nun dingliche Rechte verändert, d. h. betroffen werden? Hier ist zunächst die Übertragung eines Rechts zu nennen. Wenn auch z. B. das Eigentum an einem Grundstück, das von A an B veräußert wird, in beiden Fällen genau denselben Inhalt hat, so wird es dennoch durch die Veräußerung der Sache betroffen. Denn ein dingliches Recht ist stets eine Rechtsbeziehung einer bestimmten Person zu einer bestimmten Sache; ändert sich auf der einen Seite der Inhaber dieses Rechts, so entsteht eine neue, wenn auch inhaltlich gleiche Rechtsbeziehung des neuen Inhabers zur Sache.

Der völlige Verlust eines Rechts kann aber auch in der Weise erfolgen, daß das Recht, ohne auf einen andern übertragen zu werden, gänzlich aufgegeben wird, also z. B. durch Dereliktion einer Sache: hier wird die durch das Eigentum geschaffene Rechtsbeziehung völlig aufgehoben, ohne in einer anderen Person neu begründet zu werden. Ein Recht kann demnach sowohl durch Übertragung als auch durch Aufhebung betroffen werden.

Es ist aber nicht notwendig, daß eine völlige Lösung der Rechtsbeziehungen einer Person zu einer Sache stattfinden muß; es gibt auch Rechtsveränderungen, bei denen die verlusthabende Seite nicht ihr Recht als ganzes verliert, sondern nur in ihrem Recht beschränkt wird. Hier ist vor allem die Belastung eines Rechts zu erwähnen. Bestellt der Eigentümer

seinem Darlehnsgläubiger eine Hypothek auf seinem Grundstück, so bleibt er zwar Eigentümer, aber sein Recht ist inhaltlich verkürzt, weil dem Hypothekar fortan ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück zusteht. Auch die Belastung ist also eine Verfügung.

Es bestehen aber außer der Belastung noch weitere Möglichkeiten von Rechtsänderungen. Hierunter fällt z. B. ein Rangtausch mehrerer Rechte an einem Grundstück, eine Inhaltsänderung sonstiger Art, z. B. die nachträgliche Änderung der Fälligkeit einer Hypothek, der Zinszahlungsvereinbarungen, der Leistungszeit bei Altenteilsverträgen usw. Alle diese Möglichkeiten kann man nur allgemein in einer Gruppe „Veränderungen im engeren Sinne" zusammenfassen.

Ein Verfügungsgeschäft kann demnach auf Übertragung, Aufhebung, Belastung oder Änderung eines Rechts gerichtet sein. Bei der Bewilligung einer Vormerkung kann es sich hinsichtlich des Rechtes, in Ansehung dessen eine Verfügung getroffen werden soll, nur um das Recht des Betroffenen, also des Schuldners handeln: bei der Auflassungsvormerkung demnach um das Eigentum, bei dem Anspruch auf Löschung eines Nießbrauchs um den Nießbrauch usw. Die Bewilligung einer Vormerkung ist, wie von vornherein feststeht, weder auf Übertragung noch auf Aufhebung des betroffenen Rechts gerichtet; selbst wenn ein Übertragungsanspruch vorgemerkt wird, so soll die Vormerkungsbewilligung nur dessen künftige Verwirklichung gewährleisten, ist aber selbst noch nicht auf die endgültige Änderung der Rechtslage gerichtet.[9]) Es kann sich also nur um eine Belastung oder eine sonstige Veränderung des betroffenen Rechts handeln.

Es soll zunächst untersucht werden, ob durch die Bewilligung einer Vormerkung eine Belastung des betroffenen Rechts bewirkt werden kann. Eine Belastung setzt ihrem Wesen nach zwei Beziehungsgegenstände voraus; einen Gegenstand, der die Last darstellt, und einen anderen, auf dem die Last ruht. Überträgt man dieses Sinnbild auf das Gebiet des Sachenrechts, so ist eine Belastung dann gegeben, wenn zwei Rechte in der Weise aufeinander einwirken, daß dem einen Recht eine gewisse Herrschaft über das andere verliehen wird. Das belastete Recht bildet somit das Grundrecht. Läßt man z. B. das volle sachenrechtliche Herrschaftsrecht, das Eigentum, auf der passiven Seite dieser Beziehungen stehen, so ergibt sich folgendes Bild: vor der Belastung konzentriert sich im Eigentum die Gesamtheit der Befugnisse, die

[9]) Strohal S. 21.

§ 903 B.G.B. gewährt. Eine Belastung entsteht nun in der Weise, daß ein Teil dieser Befugnisse aus dem Grundrecht abgespalten wird und in der Form eines belastenden Rechts wieder in Erscheinung tritt. Diese abgespaltene Befugnis wird auf der Aktivseite zu einem beschränkten dinglichen Recht, das ihren Träger zu bestimmten Einwirkungen auf die Sache unmittelbar berechtigt, ohne daß der Eigentümer dies verhindern könnte. Bei den sachenrechtlichen Belastungen tritt also als Last stets ein beschränktes dingliches Recht auf. Um eine Belastung kann es sich demnach bei der Vormerkung nicht handeln, da sie ja kein dingliches Recht ist.

Falls die Bewilligung einer Vormerkung also ein Verfügungsgeschäft enthalten soll, kann es sich dabei nur um eine Veränderung des betroffenen Rechts im engsten Sinne handeln. Diese Frage ist in der Theorie und auch in der Praxis überwiegend bejaht worden, vielfach allerdings ohne nähere Begründung.

Rechtsänderungen im engsten Sinne sind alle sonstigen Veränderungen eines Rechts außer Übertragung, Aufhebung und Belastung. Hierher gehören Inhaltsänderungen eines Rechts, wie Rangtausch, Modifikationen des Zinsanspruchs bei einer Hypothek und dergleichen. Es handelt sich bei diesen Verfügungen stets um inhaltliche Veränderungen der Natur des betroffenen Rechts. Eine Hypothek, die einer Grundschuld den Vorrang eingeräumt hat, bleibt zwar nach wie vor eine Hypothek, aber sie hat eine Einbuße an Wert erlitten, und zwar nicht nur vom praktischen, sondern auch vom rechtlichen Standpunkt aus. Ihr Charakter ist demnach verändert.

Wie verhält es sich nun bei einem von einer Vormerkung betroffenen Rechte? Der Einfachheit halber sei hier das Beispiel einer Auflassungsvormerkung gewählt. Es muß geprüft werden, ob das Eigentum vor der Eintragung einer solchen Vormerkung in seiner rechtlichen Natur von einem solchen Eigentum verschieden ist, das von einer Auflassungsvormerkung betroffen wird. Daß die Vormerkung den Schuldner in seiner rechtlichen Verfügungsmacht beschränkt, ist bereits ausführlich erörtert worden. Der Betroffene kann zwar den Verfügungstatbestand setzen, aber nicht mit rechtlicher Wirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsgläubiger, Nun gehört aber zweifellos die unbeschränkte Verfügungsmacht über das Recht zum eigentlichen Charakter des Eigentums, so wie natürlich jedes anderen dinglichen Rechts. Ist die Verfügungsmacht, wenn auch nur mit relativer Wirkung, in bestimmter Hinsicht beschränkt, so ist dadurch das rechtliche Können beeinträchtigt; dies bedeutet aber nichts

anderes, als daß das vorher uneingeschränkte Eigentum nunmehr in seinem Inhalt verkürzt worden ist. Damit ist aber bereits gesagt, daß es sich um eine Inhaltsänderung des betroffenen Rechts handeln muß. Eine Vormerkung bewirkt somit notwendigerweise eine Rechtsminderung des betroffenen Rechtes in der Weise, daß dessen Inhaber das Recht dem Gläubiger gegenüber nicht wirksam aus seinem Vermögen entfernen kann. Eine solche Rechtsänderung kann man auch mit v. Tuhr[10]) als „Beschränkung" den Belastungen gegenüberstellen. Es wird hierbei nur das betroffene Recht inhaltlich verkürzt, ohne daß ein Korrelat, das aus dem beschränkten Recht abgeleitet worden wäre, auf der Gegenseite wieder in Erscheinung träte.

Man gelangt somit zu dem Ergebnis, daß durch die Bewilligung einer Vormerkung das betroffene Recht ohne Vermittlung eines weiteren Rechtsgeschäfts in seinem Inhalt verändert wird; damit stellt sich aber diese Bewilligung als eine Verfügung im Sinne des B.G.B. dar.

Auf diesem Wege gelangt die herrschende Lehre dazu, die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb nach § 893 B.G.B. auf die Vormerkung anzuwenden.[11])

Die in § 1 unter 1 gestellte Frage, welche Rechtsstellung der Gläubiger C hat, für den der Nichteigentümer A eine Auflassungsvormerkung bewilligt und beantragt hat, kann demnach, wenn C bei der Eintragung gutgläubig war, nur so beantwortet werden: C wird nach §§ 893, 892 in der Weise geschützt, daß ihm gegenüber A als Berechtigter gilt, C also eine vollgültige Vormerkung erwirbt. Auf diesem Standpunkt steht heute die allgemein herrschende Lehre; die wenigen Gründe, die gegen dieses Ergebnis vorgebracht worden sind, sollen kurz erörtert und widerlegt werden.

III. Mehrfach[12]) ist das Bedenken aufgetaucht, daß es nicht zulässig sei, bei den bewilligten Vormerkungen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb anzuwenden, nicht dagegen bei denjenigen, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen sind. Es handele sich bei der Vormerkung um ein in sich geschlossenes Rechtsinstitut, das vom Gesetzgeber einheitlich geregelt worden sei; eine Entscheidung könne daher auch nur gleichmäßig in bejahendem

[10]) Bd. I, Allg. Teil S. 60 S. 62 Note 17.

[11]) So vor allem Strohal S. 35, Kretzschmar S. 597, R.G. 121/4, 118/230, K.G. J.W. 1925 S. 1415, Planck § 883, 3 k; Staudinger § 883 V 3 c; M. Wolff § 48 IV; a. M. Stintzing in: Recht 1904 S. 321, Bendix J.W. 1904 S. 601; Oberneck I, S. 446; Philipsen S. 67.

[12]) Stintzing in: Recht 1904 S. 321; Rheinen S. 34.

oder verneinendem Sinne getroffen werden. Auch sei es verfehlt, zwischen den bewilligten Vormerkungen nochmals eine Unterteilung zu machen und es dabei darauf abzustellen, ob der Begünstigte von dem Erwerbe vorher Kenntnis gehabt habe oder nicht. Dieser Einwand ist unzutreffend. Der Gesetzgeber hat selbst die verschiedenen Entstehungsmöglichkeiten der Vormerkung festgelegt. Dadurch sind aber gerade hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs so verschiedenartige Elemente in den Gesamtbegriff der Vormerkung hineingetragen worden, daß kein ausreichender Grund dafür besteht, die so abweichend voneinander enstandenen Arten der Vormerkung gleichmäßig zu behandeln. Außerdem besteht aus den oben bereits dargelegten Gründen nur in dem einen Fall die logische Möglichkeit und gleichzeitig auch das Bedürfnis, den guten Glauben des Erwerbers zu schützen.

Rheinen[13]) wirft ein anderes Bedenken gegen die herrschende Lehre auf. Er will es für die Anwendbarkeit der §§ 892, 893 B.G.B. darauf ankommen lassen, ob die Mitwirkung des zu Schützenden für die Entstehung des Rechts oder der Rechtsstellung irgendwie erheblich oder gar notwendig ist. Diese letztere Folgerung wird nun von der herrschenden Lehre, wie Rheinen auch selbst stets betont, stets verneint. Nach dem Wortlaut des § 885 B.G.B. genügt die einseitige Bewilligung des Betroffenen gegenüber dem Grundbuchamt ohne Beteiligung des Begünstigten. In diesem Falle soll und kann jedoch auch kein Schutz des guten Glaubens eintreten. Dagegen ist von Rheinen in keiner Weise dargelegt, warum in denjenigen Fällen, in welchen ein Schutz des guten Glaubens nach der herrschenden Lehre stattfinden kann, die Mitwirkung des zu Schützenden in jedem Falle notwendig sein müsse. Nirgendwo findet sich im Gesetz ein Hinweis auf ein solches Erfordernis. Die Mitwirkung des zu Schützenden muß nur für das betreffende Rechtsgeschäft möglich sein; er muß im konkreten Falle im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs deshalb ein Rechtsgeschäft mit dem Buchberechtigten abgeschlossen haben, weil seine Mitwirkung zur Entstehung des Rechts oder der Begünstigung möglich war. Daß diese in jedem Falle notwendig gewesen sein müsse, ist jedoch keineswegs erforderlich.

Es kann also auch von dieser Seite aus kein Einwand gegen die Richtigkeit der herrschenden Theorie gemacht werden.

---

[13]) Rheinen S. 36; so auch Bendix in: Recht 1904 S. 601.

Allerdings ist es nicht möglich, auf dem einen der von Strohal vorgeschlagenen Wege zu dem von ihm erstrebten Ziele zu gelangen. Strohal begründet seine These zwar in der Hauptsache mit der Beweisführung der später herrschend gewordenen Lehre; zur weiteren Unterstützung des von ihm gewonnenen Ergebnisses will er jedoch noch die Möglichkeit einer Analogie mit dem dinglichen Vorkaufsrecht heranziehen. Nach § 1098, II B.G.B. wirkt ein eingetragenes Vorkaufsrecht Dritten gegenüber wie eine Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Wenn nun der Schutz des guten Glaubens dem eingetragenen Vorkaufsberechtigten zustatten komme, obwohl das Vorkaufsrecht Dritten gegenüber nicht stärker wirkt als die Vormerkung zur Sicherung des aus der Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung, so müsse aus diesen gleichen Wirkungen auch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Frage nach dem Schutze des guten Glaubens geschlossen werden. Diese Konstruktion leidet an dem Mangel, daß auch sie, wie schon oben erörtert worden ist, die Wirkungen eines Rechtsinstituts mit dessen eigentlichem Wesen verwechselt. Werden ausnahmsweise einmal die Wirkungen des dinglichen Vorkaufsrechts den Wirkungen einer Auflassungsvormerkung gleichgesetzt, so ist daraus vielmehr umgekehrt zu schließen, daß hinsichtlich der übrigen Punkte vom Gesetzgeber keine gleichmäßige Behandlung der beiden verschiedenen Rechtsinstitute gewollt ist. Dieses Argument ist auch später weder von der Literatur, noch von der Rechtsprechung aufgegriffen worden; man hat sich ausschließlich auf die erste Begründung Strohals gestützt.

§ 6.

Auswirkungen des gutgläubigen Erwerbs in der weiteren Entwicklung der Rechtslage.

Zu dem obigen Ergebnis sind Strohal und mit ihm Kretschmar bereits im Jahre 1904 gelangt. Allmählich ist dann diese Meinung in Theorie und Praxis herrschend geworden. Aber erst in allerneuester Zeit hat man den Versuch unternommen, die praktischen Folgerungen aus diesem Ergebnis zu ziehen. Man ist nicht bei der Feststellung stehengeblieben, daß eine Vormerkung gutgläubig erworben werden könne, sondern hat angesichts der Tatsache, daß die Vormerkung schließlich doch nur einen vorläufigen

Charakter hat, die Möglichkeiten der weiteren Entwicklung durchdacht und dabei neue Ergebnisse gewonnen.

Es handelt sich hier vor allem um die wichtigen Fragen, welche Bedeutung der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung erhält, wenn entweder nachträglich ein Widerspruch gegen die Richtigkeit oder eine Berichtigung ins Grundbuch eingetragen wird, oder wenn der Geschützte nach Eintragung der Vormerkung, aber vor Eintragung der endgültigen Rechtsänderung das Nichtrecht des Bewilligenden erfährt. In diesen Fällen gelangt das gesamte Problem des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung erst zu seiner vollen Bedeutung; wird nämlich die endgültige Eintragung der dinglichen Rechtsänderung in einem solchen Zeitpunkt vorgenommen, in dem der Erwerber hinsichtlich des Rechts seines Gegners noch immer in gutem Glauben ist, auch die Unrichtigkeit sich in keiner Weise aus dem Grundbuch selbst ergibt, so erwirbt er das Vollrecht gutgläubig nach § 892 B.G.B. Der gutgläubige vorherige Erwerb der diese Eintragung vorbereitenden Vormerkung verliert in diesem Falle fast vollkommen seine selbständige Bedeutung.

Die Beantwortung der anfangs gestellten Frage 2, wie es mit dem Rechtserwerb eines Vormerkungsgläubigers steht, der zwischen Vormerkungserwerb und endgültiger Eintragung die Unrichtigkeit des Grundbuchs erfährt, ist sowohl in positivem wie in negativem Sinne erfolgt. Allmählich läßt sich wohl eine konstante Praxis des Reichsgerichts und des Kammergerichts verfolgen, aber noch vor vier Jahren standen einzelne Senate des Kammergerichts in schroffem Gegensatz zueinander. Dennoch kann man keineswegs schon von einer überwiegend herrschenden Meinung in dieser Frage sprechen; in der Literatur werden beide Richtungen mit eingehenden Begründungen vertreten.

I. Das Reichsgericht,[1]) Martin Wolff,[2]) Planck-Strecker,[3]) Rosenberg,[4]) das Kammergericht[5]) und viele andere stehen auf dem Standpunkt, daß die nachträgliche Kenntnis des Vormerkungsgläubigers von dem Nichtrecht des Bewilligenden unschädlich ist. Für die Frage der Gutgläubigkeit sei der Zeitpunkt des Erwerbes der Vormerkung allein entscheidend. Der Gläubiger könne also von seinem Schuldner die Bewilligung der Eintragung des dinglichen Vollrechts ver-

---

[1]) R.G. 118/230, 121/48, J.W. 1929/770.
[2]) § 48 IV.
[3]) § 883, 3 k.
[4]) S. 333, 336 f.
[5]) J.W. 1925/1415, J.W. 1927/2522; so auch Quassowski S. 300.

langen; dieses erwürbe er dann trotz seiner Schlechtgläubigkeit.

Bezüglich der nachträglichen Eintragung einer Berichtigung oder eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs stehen die Vertreter der oben angeführten Meinung auf einem entsprechenden Standpunkt. Auch hier soll die spätere Eintragung dem gutgläubigen Erwerber einer Vormerkung gegenüber ohne schädliche Wirkung sein. Ihm gegenüber sind diese Eintragungen unwirksam, er kann weiterhin von seinem Schuldner die vollgültige Mitwirkung zu der endgültigen Rechtsänderung verlangen. Der nunmehr eingetragene wahre Berechtigte soll in Analogie des § 888 zur grundbuchmäßigen Zustimmung verpflichtet sein.[6])

Hiergegen wenden sich mit sehr beachtenswerten und tiefgehenden Ausführungen besonders Caro,[7]) Elsaß, Seegebarth,[8]) Löbinger[9]) und auch Güthe-Triebel.[10]) Am häufigsten wird gegen die Lösung des Reichsgerichts und der ihm folgenden Autoren eingewandt, daß für den Zeitpunkt der Gutgläubigkeit bei dem Erwerb eines dinglichen Vollrechts nur § 892 B.G.B. Anwendung finden könne. Danach müsse das Grundbuch zur Zeit der Eintragung unrichtig gewesen sein und der Erwerber zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages sich in gutem Glauben über das Recht seines Gegners befunden haben. Für den gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte sei eben der § 892 B.G.B. eine lex specialis; außerhalb dieser Voraussetzungen könne für einen solchen Erwerb kein Raum sein. Ohne also die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes einer Vormerkung bestreiten zu wollen, stehen die Vertreter dieser Meinung demnach auf dem Standpunkt, daß die Wirkungen dieses Vormerkungserwerbes, für sich betrachtet, nicht von Einfluß auf die nachfolgende endgültige Rechtsänderung sein können. Ob aber die Vertreter der Gegenmeinung den Erwerb des vollen dinglichen Rechts vermöge des gutgläubigen Vormerkungserwerbs wirklich als einen gutgläubigen Erwerb im technischen Sinne des Gesetzes ansehen, darüber treffen die obengenannten Autoren, soweit sie sich auf diese Widerlegung beschränken, keine besonderen Feststellungen; eine andere Möglichkeit der rechtlichen Konstruktion erscheint ihnen anscheinend nicht denkbar.

Einzig bei Caro[11]) findet sich in dem Aufsatz „Vormerkung und guter Glaube" eine eingehende Untersuchung der

[6]) R.G. 121/46, Staudinger § 883, V 3 c.
[7]) Jur. Rdsch. 1928/117, 132.
[8]) Anmerkungen zu R.G. 118/230 in J.W. 1928/499.
[9]) Jur. Rdsch. 1926/871.
[10]) Anm. 14 zu § 25/880.
[11]) S. 117.

gesamten Frage nach der theoretischen und der praktischen Seite; er gelangt mit umfassender und tiefgehender Begründung zum entgegengesetzten Ergebnis wie das Reichsgericht. Allerdings muß betont werden, daß eine klare, eindeutige Stellungnahme des Reichsgerichts zur Zeit des Erscheinens jener Abhandlung noch nicht erfolgt war. Diese ist erst in der Entscheidung 121/46 niedergelegt. Caro knüpft jedoch nach Veröffentlichung der Entscheidung 118/230 an diese letztere an und es ist ihm zuzugeben, daß in dieser Entscheidung eine positive Stellungnahme zu dem Problem, welche Wirkungen die gutgläubig erworbene Vormerkung für die Zukunft zu äußern vermag, noch nicht zu finden ist. Caro will allerdings die vom Reichsgericht gemachten Andeutungen in der von ihm vorgeschlagenen Richtung hin auswerten. Ob diese Deutung unter Berücksichtigung der später ergangenen Entscheidungen berechtigt ist, muß jedoch bezweifelt werden.

II. Caro[12]) bezeichnet die beiden verschiedenen, hier zur Erörterung stehenden Meinungen als „soziologische" und „formale" Gesetzesauslegung; dabei will er seine Auffassung als die „formale", die entgegengesetzte des Reichsgerichts und der übrigen Autoren als die „soziologische" Auslegung angesehen wissen. Ob diese Begriffsunterscheidung glücklich ist, mag dahingestellt bleiben.

Caro hält grundsätzlich den gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung im Rahmen des § 893 B.G.B. für möglich, bestreitet aber, daß der gute Glaube des Erwerbers über den Bewilligungsakt hinaus irgendwelche Wirkungen hervorzurufen vermag. Er beschränkt die Anwendbarkeit des § 893 B.G.B. darauf, daß der Nichtberechtigte, der eine Vormerkung bewilligt, dem Erwerber gegenüber als Berechtigter angesehen wird; nicht dagegen gelte der sonstige Inhalt des Grundbuches hinsichtlich seiner Belastungen und Beschränkungen als richtig. Ist z. B. für einen gutgläubigen Gläubiger eine Auflassungsvormerkung in ein solches Grundbuch eingetragen worden, in welchem eine bestehende Hypothek zu Unrecht gelöscht worden war, so muß der Vormerkungsgläubiger die berichtigende Wiedereintragung der Hypothek mit voller Wirkung gegen sich gelten lassen. Er erwürbe also nur ein mit der Hypothek belastetes Eigentum.

Für die nachfolgende dingliche Änderung der Rechtslage spricht Caro der Fiktion des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung über §§ 893, 892 B.G.B. jede Wirkung ab. Wird nachträglich der gute Glaube des Vormerkungsgläubigers zer-

[12]) S. 117.

stört oder das Grundbuch berichtigt, so sei eine Durchsetzung des vorgemerkten Anspruchs gegen den Nichtberechtigten wertlos und gegen den wahren Berechtigten unmöglich. Er verkennt dabei keineswegs, daß die praktische Bedeutung des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung, wenn man seiner Auffassung folgt, nur gering ist. Bleibt nämlich der Gläubiger bezüglich des Rechts seines Schuldners bis zur endgültigen Rechtsänderung gutgläubig und wird auch das Grundbuch nicht berichtigt, so vollzieht sich der Erwerb des dinglichen Vollrechts ohne weiteres nach § 892 B.G.B.; daß bereits eine Vormerkung gutgläubig erworben worden war, spielt dann für die rückwärtige Betrachtung kaum noch eine Rolle. Caro bildet ein Beispiel dafür, daß die Vormerkung doch noch einen selbständigen Wert neben dem gutgläubigen Erwerb des Vollrechts haben könne: Für A wird von dem Nichtberechtigten B eine Auflassungsvormerkung eingetragen; später bewilligt und beantragt B für C die Eintragung einer Hypothek, die dieser gutgläubig erwirbt. Darauf erwirbt A gutgläubig das Eigentum von B auf Grund des vorgemerkten Anspruchs. Hätte nun A die Vormerkung nicht gutgläubig erworben, so wäre ihm gegenüber die Hypothek wirksam entstanden; er erwürbe nur ein durch sie belastetes Eigentum. So aber äußert die Vormerkung ihre Wirkung dahin, daß die Zwischeneintragung dem Gläubiger gegenüber nach § 883, II unwirksam ist. Dieses von Caro gebildete Beispiel dürfte allerdings auch der einzige Fall sein, in welchem die gutgläubig erworbene Vormerkung nach seiner Theorie irgendwelche selbständige Wirkungen zu äußern vermag. Durch die Beschränkung auf diesen seltenen Sonderfall dürfte jedoch der Streit um das gesamte Problem seine praktische Bedeutung verlieren und zu einem ziemlich müßigen Theorienstreit herabsinken.

Insbesondere hält Caro[13]) die analoge Anwendung des § 888 B.G.B. auf den Fall, daß eine Berichtigung des Grundbuchs nach dem gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung in der Weise stattfindet, daß nunmehr der wahre Berechtigte auch zum Buchberechtigten wird und der Schuldner des vorgemerkten Anspruchs auch sein Buchrecht noch verliert, für unzulässig. § 888 B.G.B. träfe nur für solche Fälle zu, in denen ein nach § 883, II unwirksamer Rechtserwerb nach Inkrafttreten der Vormerkung erfolgt ist. Ein solcher Tatbestand sei aber nicht zu übertragen auf eine Berichtigung, die mit einem Rechtserwerb überhaupt nicht zu vergleichen sei, vielmehr als ein besonderes, rein grundbuchmäßiges Institut gelten müsse. Hieran schließt Caro nun seine entscheidende

[13]) S. 122.

Gegenargumentation. Er geht dabei von dem Fall der nachträglichen Grundbuchberichtigung aus. § 888 B.G.B. habe nur Geltung im Bereiche des § 883, II B.G.B.; nach dieser Vorschrift ist dem Vormerkungsgläubiger gegenüber „eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie diese vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt". Es kommt demnach für Caro[14]) bei der gesamten Frage entscheidend darauf an, ob die Grundbuchberichtigung als eine dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksame Verfügung im Sinne des § 883, II B.G.B. anzusehen sei. Daß auch solche Verfügungen, die ohne Bewilligung des Schuldners getroffen worden sind, hierunter fallen, geht aus Satz 2 des § 883, II B.G.B. mit aller Deutlichkeit hervor. § 883, II B.G.B. schützt aber seinem Sinne nach, wie Caro richtig hervorhebt, nur gegen zukünftige Veränderungen der Rechtslage, nicht aber gegen deren Klarstellung im Zeitpunkt der Entstehung der Vormerkung. Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung muß ohne weiteres zugegeben werden; es geht zweifellos nicht an, die Berichtigung auf eine Stufe mit den im § 883, II gemeinten Verfügungen zu stellen. Für diese Auffassung kann sich Caro auch auf das Reichsgericht[15]) und Planck-Strecker[16]) berufen. Danach ist der Charakter der Vormerkung ausschließlich darauf gerichtet, künftige Veränderungen der Rechtslage, die zuungunsten des Vormerkungsgläubigers wirken würden, zu verhindern; hierin erschöpft sich aber der ausschließlich in die Zukunft weisende Charakter dieses Instituts. Insbesondere vermag eine Vormerkung gegen Berichtigungen, die ja nur vergangene Fehler wieder beseitigen sollen, keinerlei Wirkungen auszuüben. Nun zieht Caro weiter den Schluß, daß der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung sich bezüglich seiner Wirkungen in den Grenzen halten müsse, die dem soeben charakterisierten Wesen einer Vormerkung entsprächen. §§ 893, 892 B.G.B. bedeuteten nur, daß „die im Einzelfall in Betracht kommende normale Funktion eines Rechtsgebildes sich trotz des unrichtigen Grundbuchinhalts genau so vollkommen auswirkt, als ob dieser unrichtige Inhalt richtig wäre".[17]) Welches aber im einzelnen die Funktion eines Rechtsgebildes sei, darüber könnten nur die Bestimmungen

[14]) S. 132.
[15]) R.G. in J.W. 1928 S. 481 Nr. 13.
[16]) § 883, 3 a Abs. 3.
[17]) S. 134.

über dieses Rechtsgebilde selbst Aufschluß geben. Es sei daher nicht möglich, die §§ 893 und 883 bei der Klärung dieser Frage zu trennen, § 883 müsse stets im Auge behalten werden; diese Vorschrift sei sozusagen der Inhalt für die Form des § 893 B.G.B.

In dieser These der Notwendigkeit der Wechselbeziehungen zwischen § 893 und § 883 kann den Darlegungen Caros trotz der bestechenden Beweisführungen nicht gefolgt werden. Die Bestimmungen, die den gutgläubigen Erwerb eines Sachenrechts oder verwandte Tatbestände regeln, gelten allgemein sowohl für das volle dingliche Herrschaftsrecht, das Eigentum, wie für sämtliche beschränkte dingliche Rechte, wie auch für die Vormerkung, wie ja auch von Caro nicht bestritten wird. Wenn Caro demgegenüber behauptet, wegen des ausschließlich in die Zukunft weisenden Charakters der Vormerkung könnte der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung gegen Widersprüche und Berichtigungen, die der Wiedergutmachung vergangener Fehler dienten, nicht schützen, so müßte dies Argument auch für oder vielmehr gegen ein beschränktes dingliches Recht wie z. B. die Hypothek gelten. Denn auch der Charakter der Hypothek wie überhaupt jedes dinglichen Rechtes weist in die Zukunft, sie hat den Zweck der späteren Sicherung einer Forderung. Dennoch schützt der gutgläubige Erwerb einer Hypothek unbestritten gegen nachträgliche Berichtigungen und Widersprüche. Man kann hiergegen auch nicht einwenden, daß ein Unterschied dadurch begründet wird, daß es sich bei einer Hypothek um ein dingliches Recht handelt, nicht aber bei einer Vormerkung. Nicht anders läge der Fall, wenn der Gesetzgeber angeordnet hätte, daß die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auch zugunsten desjenigen Anwendung finden sollten, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs einen obligatorischen Kaufvertrag über das Grundstück abschlösse. Auch dann müßte die Bestimmung des § 892 „der Inhalt des Grundbuchs gilt ... als richtig" dahin verstanden werden, daß nachträgliche Berichtigungen dem Gläubiger gegenüber unschädlich sein würden. Dabei handelt es sich im letzten Falle doch nur um einen perönlichen Gläubiger, während dem Vormerkungserwerber doch immerhin dingliche Sicherungen gegeben sind. Es hat demnach keine innere Berechtigung, die Tragweite des gutgläubigen Erwerbs davon abhängig zu machen, welchen gesetzlichen Regelungen das betreffende Rechtsinstitut sonst zu folgen hat. Es würde dies sogar zu einer unzulässigen Vermengung zweier Tatbestände führen, die ganz verschiedene Gegenstände behandeln. § 883, II B.G.B. regelt die Wirkungen einer auf normalem Wege nach § 885

B.G.B. entstandenen Vormerkung. Daß eine Vormerkung nicht nach § 885 B.G.B., sondern gemäß den besonderen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb nach §§ 893, 892 B.G.B. erworben wird, dürfte wohl immer einen Ausnahmefall bilden. Für diesen Ausnahmefall müssen aber ausschließlich die Sondervorschriften der §§ 893, 892 B.G.B. gelten. Nach § 893, der für den gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung anzuwenden ist, finden die Vorschriften des § 892 entsprechende Anwendung. Dies bedeutet aber, daß für den Erwerber einer Vormerkung der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt. Es gilt aber der gesamte Inhalt des Grundbuchs als richtig; die Fiktion des § 892 beschränkt sich nicht nur auf das eingetragene Nichtrecht des Bewilligenden, sondern bezieht sich auch auf den Fall, daß beschränkte dingliche Rechte fälschlich gelöscht sind. Auch in diesem Falle ist die Bewilligung einer Vormerkung, selbst wenn sie von Berechtigten vorgenommen wird, ein unter § 893 B.G.B. fallendes Rechtsgeschäft; es findet also zugunsten des Erwerbers gleichfalls § 892 in vollem Umfange Anwendung. Die Ansicht Caros, daß die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb nur „im Rahmen des Bewilligungsaktes", d. h. nur für das Recht des Bewilligenden selbst, zu gelten haben, dürfte demnach nicht haltbar sein. Ebenso liegt es aber in dem Falle, daß ein nachträglicher Widerspruch oder eine Berichtigung des Grundbuchs eingetragen worden ist. Der Schutz des guten Glaubens kommt dem Vormerkungsgläubiger, wie das Reichsgericht[18]) ausführt, „zustatten zwar nicht für den Bestand seiner Forderung, wohl aber für die dingliche Gebundenheit des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Rechts". Danach gilt für den gutgläubigen Erwerber einer Vormerkung der Inhalt des Grundbuchs, so wie er sich zur Zeit der Eintragung der Vormerkung darstellt, als richtig. Nachträgliche Berichtigungen, Widersprüche oder späterer böser Glaube sind insoweit unschädlich; „der Grund für die Erfüllbarkeit des Anspruchs ist gelegt, der Erwerb des Rechts selbst vollzieht sich unabhängig von der weiteren Entwicklung des Grundbuchinhalts und dem guten Glauben des Geschützten".[19]) Der nachträgliche Erwerb des Vollrechts ist nun allerdings kein gutgläubiger Erwerb mehr, richtet sich demnach auch nicht nach den hierfür geforderten Voraussetzungen, sondern bildet nur die Vollendung, die Erfüllung des durch die gültige Vormerkung gesicherten Anspruchs. Zwar ergibt sich, wenn durch Berichtigung das Buchrecht des Bewilligenden gelöscht und der wahre Berech-

[18]) R.G. 121/46; 118/230.
[19]) R.G. 121/47.

tigte eingetragen wird, dadurch rein grundbuchmäßig die Schwierigkeit, daß der Schuldner, gegen den allein der Anspruch auf Verschaffung des Vollrechts sich richtet, zur Abgabe der Bewilligungserklärung passiv nicht mehr legitimiert ist. Hier ist aber die entsprechende Anwendung des § 888 B.G.B. ohne Zweifel zu rechtfertigen. Diese Vorschrift ist allerdings ausdrücklich nur für den Normalfall des § 883, II B.G.B. geschaffen. Es läßt sich aber daraus der allgemeine Rechtsgedanke entnehmen, daß in allen Fällen, in denen die Eintragung eines Dritten dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksam ist, jener seine buchmäßige Zustimmung zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs geben muß. Ein solcher Fall ist aber bei der nachträglichen Berichtigung gegeben. Ein inzwischen eingetragener Widerspruch wäre dementsprechend bei der Eintragung des Vollrechts nicht zu berücksichtigen, er vermag seine Wirkungen nur für die Zukunft zu äußern, nicht aber gegenüber einer vorher gültig erworbenen Vormerkung.

Man gelangt also mit dem Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß nachträgliche Benachrichtigung des Grundbuchs, nachträglicher Widerspruch oder nachfolgender böser Glaube dem Vormerkungsgläubiger nicht mehr zu schaden vermögen.[20]) Es ist auch nicht richtig, wenn Caro seine Meinung die „formale" und die entgegengesetzte die „sozialogische" Gesetzesauslegung nennt. Damit macht Caro[21]) bewußt der Ansicht des Reichsgerichts den Vorwurf, sie gehe, um den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Verkehrs entgegenzukommen, weit über das geschriebene Recht hinaus; eine solche Fortbildung des Gesetzes sei aber auf dem Gebiete des Sachenrechts äußerst bedenklich, da sie zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen könne. Dieser Vorwurf ist aber in sich unberechtigt, da die Meinung des Reichsgerichts unbedingt auf dem Boden des Gesetzes (§ 893, § 892 B.G.B.) steht. Die Auffassung des Reichsgerichts ist demnach nicht weniger „formal" als diejenige Caros; die verschiedenen Ergebnisse sind bedingt durch die starken Abweichungen hinsichtlich des methodischen Vorgehens.

Es kann gegen die Ansicht des Reichsgerichts auch nicht eingewandt werden, daß, wenn die Wirkungen des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung wirklich so weitgehende wären, der Erwerber einer Vormerkung genau so gestellt wäre, als ob er bereits das volle dingliche Recht erworben hätte. Seine Stellung wäre dann in gleicher Weise gesichert,

[20]) Abweichender Meinung bezüglich des nachträglichen bösen Glaubens Asch, Jur. Rdsch. 1927/113.

[21]) S. 135.

die künftige Gefährdung seines Anspruchs sei schlechthin nicht mehr möglich; man könne es daher in der Praxis bei der Eintragung einer Vormerkung bewenden lassen, da die endgültige Eintragung doch keine weiteren Rechte mehr zu geben vermöge.[22]) Dieser Ansicht muß entgegengehalten werden, daß allerdings die künftige Gefährdung des Anspruchs, soweit sie durch Veränderungen des Buchstandes verursacht werden würde, durch die Eintragung der Vormerkung ausgeschlossen werden soll; der Zweck dieses Rechtsinstituts ist es ja gerade, die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs in jedem Falle zu sichern. Außerdem liegt ein tiefgehender Unterschied darin, ob für den Gläubiger eine Vormerkung oder aber ein dingliches Recht eingetragen wird. Die Vormerkung selbst ist kein Recht, sie schafft keine neuen Verpflichtungen und Berechtigungen. Während der Hypothekengläubiger ohne weiteres die dingliche Klage gegen den Eigentümer anstrengen kann, bleibt der Vormerkungsgläubiger auf den persönlichen Anspruch gegen seinen Schuldner beschränkt. Der Hypothekar kann das Grundstück mit der Maßgabe zur Zwangsversteigerung bringen, daß nur alle ihm vorgehenden Rechte ins geringste Gebot fallen; der Vormerkungsgläubiger kann nur aus seinem persönlichen Schuldtitel betreiben, so daß ihm seine eigene Vormerkung vorgeht. Dies kann unter Umständen für ihn deshalb ungünstig werden, weil das geringste Gebot dadurch außerordentlich hoch werden kann; möglicherweise finden sich aus diesem Grunde keine Bieter, die die Vormerkung mitübernehmen wollen.

Es läßt sich also auch von dieser Seite nichts gegen die reichsgerichtliche Theorie einwenden.

Nur noch kurz mag erwähnt werden, daß alle diese Wirkungen, die dem gutgläubigen Erwerb einer bewilligten Vormerkung beizulegen sind, selbstverständlich auch für solche Vormerkungen, zu deren Bewilligung der Schuldner verurteilt worden ist, zu gelten haben (§§ 894, 898, 895 Z.P.O.).

III. Endlich ist noch der vierte, anfangs erwähnte Fall zu lösen. Hierbei handelt es sich darum, ob auch derjenige geschützt wird, der gutgläubig eine nichtige, durch Vormerkung gesicherte Forderung erwirbt. A schließt z. B. mit dem Geisteskranken B einen Grundstückskaufvertrag, B bewilligt die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Die Vormerkung ist hier nicht gültig entstanden, denn sie setzt stets einen bestehenden Anspruch, von welchem sie nicht getrennt

[22]) Caro S. 117, 118.

werden kann, voraus.[23]) Wird nun der nichtige Auflassungsanspruch an einen gutgläubigen Zessionar C abgetreten, so erhebt sich die Frage, ob dieser bezüglich der Vormerkung geschützt werden kann. Auf dem Wege über § 892 B.G.B. ist dies auch hier wieder nicht möglich, da die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück oder an einem Grundstücksrecht ist. Aber auch § 893 ist hier nicht anwendbar, da es sich nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, das zwischen jemandem, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, und einem andern in Ansehung dieses Rechts vorgenommen wird. Gemeint sind damit nur eingetragene dingliche Rechte. Da die Vormerkung aber ein solches Recht nicht ist, findet § 893 keine Anwendung. Der gutgläubige Zessionar wird demnach nicht geschützt.

Die Situation wird auch nicht dadurch verändert, daß zwar ein gültiger Anspruch, aber keine rechtswirksame Vormerkung besteht. A schließt z. B. mit dem Nichtberechtigten B, dessen Nichtrecht er jedoch kennt, einen Grundstückskaufvertrag und läßt sich eine Vormerkung zur Sicherung des Auflassungsanspruchs eintragen. A hat die Vormerkung nicht erworben, da er nicht gutgläubig war, C, der den Sachverhalt nicht kennt, erwirbt von A den Auflassungsanspruch gegen B mitsamt der eingetragenen Vormerkung. Auch hier kann C wiederum nicht geschützt werden, da es an den Voraussetzungen des § 893 B.G.B. fehlt; dennoch hat er einen bestehenden Anspruch erworben.

Gegen diese Ergebnisse wendet sich Rheinen[24]) mit folgender Erwägung: es sei unbillig, denjenigen zu schützen, der gutgläubig von jemandem, für den ein Recht an einem Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, eine Vormerkung erwürbe, dagegen demjenigen jeglichen Schutz zu versagen, der von einem eingetragenen Vormerkungsgläubiger eine nichtige Vormerkung erwürbe. Entweder schütze man beide oder aber keinen! Die Sachlage sei in beiden Fällen genau die gleiche.

Eine eingehendere Betrachtung führt jedoch zu der Erkenntnis, daß es einen guten Grund hat, die beiden Fälle verschieden zu behandeln. Wer gutgläubig vom eingetragenen Nichteigentümer eine Auflassungsvormerkung erwirbt, vertraut bei dem Erwerb auf ein eingetragenes dingliches Recht. Dies gilt aber nicht für denjenigen, der nur vom Vormerkungsgläubiger eine zwar eingetragene, aber nichtige Vormerkung erwirbt.

---

[23]) M.
[24]) S. 55.

Darauf kommt es aber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes in den §§ 892, 893 B.G.B. entscheidend an. Keineswegs wird der gesamte Inhalt des Grundbuchs von dem öffentlichen Glauben erfaßt; auf Grundstücksbeschreibungen z. B. erstreckt er sich unbestritten nicht. Die gleiche Ausnahme muß auch für die Vormerkung gelten. Eine Unbilligkeit könnte auch nur in dem Falle vorliegen, in dem ein gültiger Anspruch, der durch eine ungültige Vormerkung gesichert ist, übertragen wird. Falls nicht einmal ein gültiger Anspruch bestehen sollte, so würde der gutgläubige Erwerber ausschließlich auf den Bestand einer obligatorischen Forderung vertrauen; dieses Vertrauen wird aber im B.G.B. grundsätzlich nicht geschützt. Ob es einen inneren Sinn hat, beim Bestehen einer gültigen Forderung das Vertrauen auf die eingetragene nichtige Vormerkung nicht zu schützen, während der gute Glaube an ein eingetragenes dingliches Nichtrecht geschützt wird, — das ist eine Frage, die vorläufig nur de lege ferenda von Bedeutung sein könnte; de lege lata ist sie vom positiven Gesetz in dem oben dargelegten Sinne entschieden worden.

Literaturverzeichnis.

Asch: Der Schutz des Vormerkungsberechtigten durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in: Jur. Rdsch. 1927 S. 113.

Bendix: Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung in: J.W. 1904 S. 601.

Brachvogel: Vormerkung und Verfügungsbeschränkung in: Iherings Jahrb. 81/20 ff.

Biermann: Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht 1901.

— Sachenrecht 1914.

Caro: Vormerkung und guter Glaube in: Jur. Rdsch. 1928 S. 117, 132.

du Chesne: Wirkungsarten und Formen der Eintragungsbewilligung in: Recht 1918/581.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs 1924 Bd. II.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1900, 1902, 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens 1901 Bd. III.

Dölle: Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika in: Gruch. Beitr. 68/492.

Elsaß: Anmerkung zu R.G. J.W. 1928/499.

Emmerich: Anmerkung zu K.G. J.W. 1927/2522.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I.

Fuchs: Grundbuchrecht 1900.

— Zur Lehre von der Vormerkung in: L.Z. 1914, S. 1 ff., S. 139 ff.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht II 1905.

— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes 1897.

Güthe-Triebel: Kommentar zur Reichsgrundbuchordnung Bd. I.

Güthe: Unrichtigkeit des Grundbuchs im Gebiete der Vormerkung in: Gruch. Beitr. Bd. 57 S. 1 ff.

Hoche: Zusammentreffen von Vormerkung und Widerspruch in: J.W. 1928 S. 1817.

Jaeger: Konkursordnung Bd. I.

Knoke: Relatives Veräußerungsverbot in: Festgabe für Güterbock 1910, S. 401.

Kommentar von Reichsgerichtsräten zum B.G.B. 1921.

Kretzschmar: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei der Vormerkung in: Sächs. Arch. Bd. 14 S. 593.

Meiser: Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung in: Gruch. Beitr. 57/584.

Mentzel: Konkursordnung.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. III.

Oberneck: Grundbuchrecht Bd. I. 1909.

Othmer: Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht 1902.

Philipsen: Die Vormerkung nach dem B.G.B. 1903.

Planck-Strecker: Kommentar zum Sachenrecht 5. Aufl. 1932.

Priester: Die alte und die neue Vormerkung in: Arch. bürg. Recht 22/143.

Quassowski: Aufwertungsgesetz 5. Aufl.

Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des B.G.B. 1908.

Rheinen: Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung? Diss. Bonn 1929.

Rosenberg: Kommentar zum Sachenrecht 1919.

Seckel: Gestaltungsrechte im Bürgerlichen Recht in: Festgabe für Koch S. 250.

Seegebarth: Anmerkung zu R.G. J.W. 1928/499.

Sekler: Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht 1904.

Staudinger: Kommentar zum Sachenrecht 1926.

Stintzing: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute? in: Recht 1904/321.

Strohal: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanats-Programm Leipzig 1904.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1910, 1918.

Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht 2. Aufl. Bd. I.

Ungewitter: Besprechung über Philipsen in: Gruch. Beitr. 48/155.

Wolff: Lehrbuch des Sachenrechts 1929, 8. Aufl.

Lebenslauf.

Ich wurde am 23. Dezember 1909 in Berlin-Nikolassee als Tochter des ord. Professors an der Technischen Hochschule Berlin, Geheimen Regierungsrates Dr.-Ing. E. h. Siegmund Müller geboren.

Von Ostern 1922 ab besuchte ich die realgymnasiale Studienanstalt des Bismarck-Lyzeums in Berlin-Grunewald und bestand Ostern 1928 an dieser Anstalt die Reifeprüfung. Darauf studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Berlin, Bonn und Breslau. Januar 1932 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 21. Dezember 1932 legte ich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau die Doktorprüfung ab.

Zurzeit bin ich als Referendarin beim Landgericht I in Berlin tätig.

Hildegard Müller.